

# Cuadernos de la Escuela del Servicio de Justicia

Publicación de la Especialización  
en Magistratura ESJ-UNLaM

NÚMERO 1 - AÑO 2014



# Cuadernos de la Escuela del Servicio de Justicia

---

Publicación de la Especialización  
en Magistratura ESJ-UNLaM

NÚMERO 1 - AÑO 2014

**ESJ** Escuela  
del Servicio  
de Justicia



 **Infojus**  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

.....  
ISSN: 2362-4442

Cuadernos de la Escuela del Servicio de Justicia. Publicación de la Especialización en Magistratura ESJ-UNLaM

Año I - N° 1 - septiembre 2014

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Los artículos que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización de la Universidad Nacional de La Matanza.

DIRECTORA



ALICIA E. C. RUIZ

SECRETARIO DE REDACCIÓN



MARTÍN E. ZULETA



COMITÉ ACADÉMICO



CUERPO DOCENTE  
DE LA ESPECIALIZACIÓN DE MAGISTRATURA  
DE LA ESCUELA DEL SERVICIO DE JUSTICIA  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA MATANZA



## PRESENTACIÓN

ALEJANDRA GILS CARBÓ<sup>(1)</sup> y STELLA MARIS MARTÍNEZ<sup>(2)</sup>



Hace ya casi un año la Procuración General de la Nación y la Defensoría General de la Nación comenzamos a desarrollar un proyecto que se convertiría en uno de los logros más festejados de nuestra gestión, la creación de la Escuela del Servicio de Justicia (ESJ).

La misma fue propuesta como un espacio académico de alta calidad, en el marco de la revalorización de la administración de justicia como un servicio público, pero además como un espacio que no sostuviera un academicismo aséptico, sino una formación orientada a la gestión. Todo ello con la premisa de permitir el acceso a la capacitación que exigimos como instituciones, pero a la que no todos tenían la posibilidad económica de acceder.

La Escuela del Servicio de Justicia es un espacio de reflexión de todos los grandes dilemas de la justicia, que habilita una visión crítica, que forma magistrados para que tengan pasión por el derecho y plena conciencia de lo que la sociedad espera y necesita de ellos.

Desde su inauguración, la Escuela del Servicio de Justicia ha brindado cursos de capacitación sobre temáticas tan diversas como criminalidad económica, seguridad social, violencia contra las mujeres, derechos de los pueblos originarios, crimen organizado, narcocriminalidad, entre muchos otros. Dichos cursos —que, antes de la creación de la ESJ, se brindaban en las áreas de capacitación de los Ministerios Públicos para los agentes de los mismos exclusivamente—, son ahora en su gran mayoría .....

(1) Procuradora General de la Nación. Directora de la Escuela del Servicio de Justicia.

(2) Defensora General de la Nación. Directora de la Escuela del Servicio de Justicia.



compartidos por ambos Ministerios Públicos y están abiertos a la comunidad jurídica en general.

En un mundo y una época en que los delitos complejos se entrecruzan con las problemáticas sociales más acuciantes, se impone que quienes hemos asumido la responsabilidad de la formación de operadores jurídicos y comprendemos el rol que tiene el discurso jurídico en el devenir de un Estado Constitucional de Derecho, pongamos especial énfasis en promover lo más ampliamente posible un nuevo paradigma para los abogados, en tanto operadores sociales conscientes de la responsabilidad que implica el desarrollo de su actividad.

La Especialización en Magistratura que brindamos en conjunto con la Universidad Nacional de La Matanza, y que es insignia de la Escuela, tiene un alto nivel técnico, pero la formación no es solo teórica. No formamos docentes universitarios, sino defensores, fiscales y jueces con un perfil de alto compromiso social, con comprensión de la importancia del acceso a la justicia para todos los sectores de la sociedad.

La misma es fuente permanente de producción de trabajos de investigación por parte de alumnos y profesores que estudian en profundidad el fenómeno de la administración de justicia, desde una mirada crítica y novedosa. A raíz de ello, y con el fin de acercar a la comunidad en general y a la comunidad jurídica en particular la posibilidad de acceder a voces y discursos novedosos para la práctica judicial, hemos decidido publicar de modo semestral unos cuadernos impresos y de distribución gratuita.

En el año del 20 aniversario de la creación constitucional del Ministerio Público, nos proponemos que esta publicación constituya un aporte para la liberación definitiva de los antiguos esquemas.



## PALABRAS PRELIMINARES

DANIEL EDUARDO MARTÍNEZ<sup>(1)</sup>



La Universidad Nacional de La Matanza se complace en acompañar a la Escuela del Servicio de Justicia en la Especialización en Magistratura, empresa que abordamos en conjunto a raíz de la necesidad de capacitación de los aspirantes a la magistratura que estén comprometidos con una concepción de la administración de justicia como un servicio público, que tenga especialmente en cuenta la praxis operatoria específica relativa a la diversidad de funciones que desempeñan los integrantes del sistema de justicia.

Es fundamental, para la misión que nos hemos propuesto, que la misma se desarrolle en el ámbito de la Universidad Pública y de modo no arancelado. Es que la transformación de los paradigmas sociales en torno a la función que debe asignársele a la administración de justicia no puede ocurrir sin el compromiso de las instancias de educación superior que receptan el mandato de la pluralidad, el pensamiento crítico y la función social de la Universidad.

La Universidad Nacional de La Matanza constituye un ámbito adecuado para desarrollar esta tarea, ya que cuenta con experiencia en el campo disciplinar del posgrado que ofrecemos, a través del funcionamiento de un Doctorado, Maestrías, Carreras de Especialización y carrera de grado en Derecho. La Especialización ofrece continuidad en la formación académica, brindando tanto a los egresados de esta Casa de Estudios como a la comunidad académica en general la posibilidad de perfeccionarse en la gestión judicial desde un paradigma novedoso.

.....

(1) Rector de la Universidad Nacional de La Matanza.

Es motivo de celebración, entonces, para esta Universidad y para quienes formamos parte de ella, la publicación del primero de estos Cuadernos de la Escuela del Servicio de Justicia, que incluirán las producciones, exposiciones magistrales y debates desarrollados en el marco de la Especialización en Magistratura, lo que contribuirá a que la comunidad conozca algunos de los más logrados aportes realizados en el tiempo que llevamos en este proyecto.



# ÍNDICE



<b>La docencia como juego y como desafío.</b> Por ALICIA E. C. RUIZ .....	p. 1
1. Primera aproximación: la triste parodia de la actuación docente .....	p. 1
2. Segunda aproximación: ¿qué implica estar en el aula? .....	p. 2
3. La docencia y el derecho .....	p. 3
<b>Conceptos jurídicos y neutralidad.</b> Por E. RAÚL ZAFFARONI .....	p. 5
<b>Tragedia y derechos: repensando los comienzos de la Modernidad política.</b> Por ALBERTO FILIPPI y EDUARDO RINESI .....	p. 15
<b>Sobre “Los fundamentos de los derechos fundamentales”.</b> Por HERNÁN ALBERTO DIEZ .....	p. 55
<b>Una aproximación al Curso de Derecho Constitucional de José Manuel Estrada.</b> Por GERARDO DANIEL ETCHEVERRY .....	p. 73
1. Introducción .....	p. 73
2. Notas sobre las bases filosóficas del pensamiento de Estrada .....	p. 75
3. Federalismo y democracia .....	p. 80
4. Particularidades argentinas y doctrinas estadounidenses .....	p. 87
5. Otros aspectos de la ideología jurídico-política de Estrada.....	p. 91
6. Conclusiones .....	p. 102
<b>¿Qué escuchamos cuando habla el oráculo?</b> Por GABRIELA SOSTI... p.	103

**La Justicia y su función social.** Por MARÍA VIRGINIA CAFFERATA ..... p. 123

1. El derecho como discurso..... p. 123
2. Verdad en el proceso..... p. 126
3. La relación entre acontecimiento y relato ..... p. 129
4. La sentencia como narración ..... p. 130
5. El problema de la interpretación..... p. 131
6. Conclusión..... p. 132

**La hermenéutica de un caso jurisprudencial sobre trata de personas para la explotación sexual. La creación de la decisión.** Por MARÍA EUGENIA DI LAUDO ..... p. 133

1. Introducción ..... p. 133
2. Planteo del caso..... p. 135
3. La verdad en el proceso judicial. Las pruebas del caso ..... p. 139
4. Comprensión del caso. Su interpretación y hermenéutica ..... p. 146
5. El juez y la creación del discurso decisivo (la sentencia). Su comunicación..... p. 150

**Radicalidad y banalidad del mal.** Por JUAN MANUEL GASET MAISONAVE y VALERIA SAMPEDRO ..... p. 155

1. Introducción ..... p. 155
2. Radicalidad del mal ..... p. 157
3. Banalidad del mal ..... p. 160
4. Reflexiones finales ..... p. 164

**Bibliografía**..... p. 169



# La docencia como juego y como desafío<sup>(1)</sup>

ALICIA E. C. RUIZ<sup>(2)</sup>



## 1. Primera aproximación: la triste parodia de la actuación docente

Escribir sobre lo que una hace desde hace tantos años resignifica esa actuación. La rutina de trabajo docente en la Facultad —llegar los mismos días, a la misma hora, durante largos meses, cada año; tomar un café; y, luego, caminar por los pasillos hasta el aula—, el clima, los problemas cotidianos, el peso de tareas como la de responsabilizarse por los materiales<sup>(3)</sup> —libros, apuntes, revistas, fotocopias—, hacen, por un momento, que una sienta el deseo enorme de huir sin volver la cabeza y nunca más volver a dar una clase.

¿Treinta años de rutina no alcanzan? La depresión docente es casi traumática y todos, en mayor o menor grado, la experimentamos con frecuencia.

.....

(1) Esta disertación formó parte del panel “Repensar la Enseñanza del Derecho” junto al Dr. Gonzalo Sozzo en el marco del *Congreso de Ciencias Jurídicas y Sociales en el Bicentenario*, organizado por el Centro de Estudiantes de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, celebrado los días 6, 7 y 8 de octubre de 2010 en la ciudad de Santa Fe.

(2) Abogada (UBA). En 1987 fue designada Jueza Nacional de Primera Instancia del Trabajo. En 1998 fue designada Jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Durante los años 2003 y 2004, ejerció la presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A partir de 2004, ha sido designada miembro titular, en representación del Tribunal Superior de Justicia, del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(3) Es un peso con el que cargan los alumnos y, más de una vez, los profesores; aunque no se suela decir por la vergüenza que causa.

Sin embargo, en el instante en que el profesor se sitúa junto, frente o detrás<sup>(4)</sup> de los alumnos, todo cambia. Los docentes —algunos, al menos— satisfacen, consciente o inconscientemente, una frustrada e inconfesable vocación actoral, una fantasía secretísima de ser mirados/das como una estrella que refulge. O un deseo negado de ser muy reconocidos o queridos por muchos en simultáneo. De hecho, una de las neurosis recurrentes —y que también ha servido para parodiar a la maestra— es la del sacrificio, la vocación de servicio: tantas almas necesitadas de guía, consejo, corrección y, por qué no, de cierta y necesaria represión para acceder al conocimiento.

Otra, es la de la fuerte convicción de la importancia elevadísima de la labor que se cumple: pues son portadores de un conocimiento que debe ser transmitido para bien de las futuras generaciones.

También, el trabajo docente puede ser visto como una manera de llenar el tiempo y el vacío de una vida gris; de ocupar un espacio y disimular el tedio. Enseñar puede ser una forma de asumir el aburrimiento o la desesperación.

Hasta aquí me he empeñado en responder al título. Pero la cuestión no acaba en la parodia. Toda lectura habilita otras y, con ellas, sigo adelante.

## 2. Segunda aproximación: ¿qué implica estar en el aula?

No recurriré a ningún modelo pedagógico para referirme a la relación docente/alumno. Apenas me importa destacar que el vínculo que se crea dentro de los límites de tiempo y espacio de cada clase proporciona una imprevisible sucesión de sorpresas, incertidumbres, disgustos y placeres, que vuelven fascinante la actividad de enseñar. Más aún, se convierte en un juego en el cual se descubren mundos ignorados y en el que, para participar, hace falta más que usar el intelecto o el conocimiento adquirido.

Es que junto a las carencias, las insatisfacciones y las caracteropatías de cada uno se encuentran las expectativas y las esperanzas que hacen que la enseñanza sea considerada más que un trabajo —aunque siempre esté escasamente remunerado, cosa que no es menor—, o un escalón hacia un prestigio de la pura forma *ad pompan*.

.....

---

(4) Cabe acalorar que la posición en la que el profesor se sitúe respecto de los alumnos no es indiferente. Pero, por ahora, no explicitaré sus motivos.

Enseñar es, para algunos, un juego muy particular e interesante. Le permite al docente conservar la posibilidad de tener interlocutores jóvenes —muchos de los cuales no nos prestarían la menor atención en cualquier otra circunstancia—. El vínculo con los estudiantes proporciona satisfacciones especiales, distintas; y ésto el docente lo descubre al tiempo que envejece.

La docencia es un desafío. Desafía incensantemente nuestra capacidad de aprender, de recordar, de estar atentos, de estar dispuestos a pensar y repensar lo que sabemos; además de reconocer lo que no sabemos. También, nos plantea nuevos interrogantes, y nos invita a releer y descubrir nuevas lecturas.

### 3. La docencia y el derecho

Claro que si la docencia tiene tantas facetas atrayentes debería producir efectos igualmente seductores. Y aquí es donde algo falla.

¿Qué sucede en las Facultades de Derecho? ¿Qué y cómo se enseña? Y ¿por qué, aunque no se ponga atención, se percibe altos niveles de decepción en los alumnos y de desinterés y agobio en los profesores?

No hay, estoy convencida, una única respuesta. Más precisamente, creo que se trata de responder a muy diversas cuestiones de muy distinto orden:

a) La primera cuestión remite a la función socialmente atribuida a las escuelas de Derecho. Aquí es posible pensar esa función y su importancia desde un cierto pensamiento teórico respecto de lo que es el derecho y de su formidable efecto preformativo.

b) Así que, entonces, lo que hacemos en el aula, la posición en la que nos colocamos como docentes no es ajena a la comprensión que tenemos de lo que el derecho es. Y esto ocurre aunque no estemos en condiciones ni siquiera de balbucear alguna definición convincente acerca de lo que entendemos por derecho. Si propusiéramos una encuesta sobre el concepto de derecho, seguramente la mayoría de los profesores —y de los alumnos— respondería: un conjunto de normas.

Este punto de partida se convierte a la vez en punto de llegada y todo problema queda soslayado. No hay nada por hacer ni por cambiar, no hay incertidumbre ni cuestionamiento. Esto explica que estudiar derecho no sea más que aprender y “memorizar” normas, artículos de la Constitución, de los tratados internacionales, de los muchos códigos de leyes; y más de resoluciones, dictámenes, decretos, etc.



Esta información, prolijamente colocada en nuestras cabezas, se extiende relacionando unas reglas jurídicas con otras. Se arma el sentido de la ley, del tratado o del decreto remitiendo unos textos a otros bajo la condición, claro, de que nos movemos entre textos jurídicos —como los jueces que dicen sus sentencias cuando subsumen el caso en la ley, cuando interpretan lo que dijo el legislador, etc.—.

Por este camino no hay dudas, ni incertezas, no hay múltiples atribuciones de sentido, no hay decisiones. A lo sumo habrá, de tanto en tanto, como novedad, algún caso difícil. La linealidad se impone y tranquiliza.

Y, así, el discurso del derecho puede presentarse como ordenado, coherente, racional; instrumento perfecto para prevenir los conflictos o para resolverlos.

Los operadores jurídicos son —y se perciben como— hábiles técnicos que manipulan piezas de bordes lisos que se ensamblan a la perfección. ¿Qué formamos?: buenos mecánicos.

c) Toda la escena se transforma si nos disponemos a abrir nuestra cabeza, a dejar correr la imaginación, a romper con la letra negra sobre el papel blanco, a poner en juego capacidades poco utilizadas: creencias, valores, ideología.

Toda la escena se vuelve otra si advertimos que aprender derecho —usar el derecho— no es manipular piezas perfectas; cuya ubicación no incide ni altera el mundo, ni cambia las vidas de individuos y grupos.

Todo es diferente si empezamos a pensar “en serio”: el derecho es producción social situada en relación con el poder al que legitima, con la historia y con la sociedad. El discurso del derecho produce sentido.



# Conceptos jurídicos y neutralidad<sup>(1)</sup>

E. RAÚL ZAFFARONI<sup>(2)</sup>



Sr. Rector, Sr. Vicerrector, autoridades de la Universidad, Señora Procuradora, Señora Defensora General, Señora Directora de la Especialización, amigas, amigos, todos. Creo que abrir la actividad docente de una carrera de Especialización en Magistratura, por un lado, es una responsabilidad, y por otro me provoca una profunda y sincera alegría. De modo que, ante todo, quiero felicitar a los Ministerios Públicos por esta iniciativa y quiero felicitar a las autoridades de la Universidad Nacional de La Matanza por haber acogido la iniciativa.

Quisiera, si me lo permiten, en estas primeras palabras en público, sincerar que desde ayer me siento un poco triste porque desapareció una amiga, quería recordar su nombre, una luchadora por los Derechos Humanos de Córdoba, la Dra. María Elba Martínez.

Largarse a formar a los futuros integrantes de la Magistratura, sea como jueces, sea como fiscales, sea como defensores oficiales es realmente una aventura del pensamiento. No se trata sólo de impartir un saber, sino de algo mucho más difícil que es impartir un vivir, una vivencia. Transmitir una vivencia que es sumamente difícil. Hace muchos años, no digo cuántos, yo era juez en San Luis y en un juicio oral se debatía una cosa aparentemente intrascendente. Un sujeto que tenía un campo había hecho un

.....

(1) El presente trabajo fue expuesto a modo de Clase Inaugural de la Especialización en Magistratura de la Escuela del Servicio de Justicia, 20/08/2013.

(2) Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

contrato con alguien para que sembrara el campo, le había facilitado las herramientas, el otro no pudo sembrar el campo, no sabía cómo volverse, la familia estaba muriendo de hambre y vendió las herramientas, el caso llegó a juicio, no sabíamos si era estado de necesidad, y a un testigo, otro paisano de ahí de la zona, le preguntamos “¿Pero este Sr. era un vago?” “No” “¿Qué pasaba?”. Y el paisano me mira y me dice “No, Dr. no tenía ni en qué ni el con qué, porque la tierra no daba y no tenía con qué tampoco, las herramientas no alcanzaban...”.

Yo creo que sí, para ejercer la magistratura, tendrán que pasar primero por el en qué y después hacerlo con el con qué. El en qué es claramente superar un concurso. Por suerte las designaciones no son a dedo ahora, son por concurso. Habrá que superarlo, tendrán que aprender cómo hacerlo: creo que una de las funciones elementales de esto es prepararlos para esto. Necesitan tener cierto saber, necesitan conocer cierta práctica, necesitan tener cierto conocimiento teórico también, sí, pero a través de este conocimiento teórico ya pasamos al con qué. Cuando ya tengan el en qué, ¿qué se hace? ¿Con qué se desempeña la función? ¿Con qué hay que resolver? Doctrina, jurisprudencia, lógica... va a haber una maraña, que todos sabemos, de elaboraciones finísimas. Hay que conocerlas, hay que introducirse en ellas, en los vericuetos; pero ahí está una trampa de la lógica, ¿no? Una trampa que nos hace enamorar a veces de la vinculación lógica de conceptos y nos creemos que la lógica es ontología. No, la lógica es lógica, no es ontología. El ser es otra cosa.

Los conceptos jurídicos que van a encontrar en esa maraña los van a tener que ir profundizando cada vez, si es que tienen vocación. Esos conceptos jurídicos no son neutros. Es necesario conocer su genealogía conceptual; dónde nacen, para qué nacieron, qué función cumplieron en cada contexto. Sentenciar o dictaminar o defender no es sólo manejar una técnica. Se necesita mucho más. Para evaluar el sentido, la genealogía de cada concepto, su funcionalidad, se necesitan conocimientos más amplios: conocer la historia, conocer la dinámica, conocer la dinámica del poder, conocer los contextos ideológicos, saber en cuál se ubica cada cosa y en medio de toda esa barahúnda, mantener coherencia. No es fácil, es difícil.

Lo que estoy diciendo hasta ahora parece bastante abstracto, pero, si lo bajamos a la realidad y a la historia, vamos a ver rápidamente que es demasiado concreto. Cuando hay que demostrar algo lo mejor que se puede

hacer es irse a algo lejano, porque lo cercano —como estamos envueltos en ello— no lo percibimos. Normalmente no nos damos cuenta de lo que pasa en nuestro rostro si no nos miramos al espejo. Y ejemplos lejanos abundan.

Para afirmar lo que estoy diciendo, para afirmar la funcionalidad de los conceptos aunque parezcan conceptos jurídicos muy lejanos, muy lejanos de toda concepción ideológica y toda estructura, creo que no hay muchas lecciones en el derecho comparado, pero creo que una de las mejores es el derecho norteamericano. El derecho norteamericano es aleccionador sobre todo si nos vamos más lejos, si nos vamos al tránsito de la dinámica jurídica de Estados Unidos de la segunda mitad del siglo XIX, después de la Guerra de Secesión, hasta las primeras décadas del siglo pasado. En la posguerra civil había una concepción —fue entronizándose una concepción muy ortodoxa—, “clásica”, como la llaman históricamente ellos, de un derecho y un estado neutros. Un derecho separado totalmente de la política, un derecho que no tenía nada que ver con la política. Se basaba en un principio de derecho natural fundado en la garantía de libertad, en la garantía de propiedad, en la garantía de igualdad, como imperativos de derecho natural, lo cual venía ya del *common law* británico. Sólo que en el *common law* británico se dieron cuenta de que la aplicación de esto así ortodoxamente traía algunas dificultades y ya en siglos anteriores habían buscado algunos tribunales que resolvieran con criterios más resultativos y habían creado los tribunales de equidad.

Cuando llega a Estados Unidos esta idea de neutralidad, este principio de neutralidad, ¿qué significa? Enunciarlo así puede parecer noble, pero, ¿para qué sirvió? ¿Y cómo se lo interpretó? En realidad, la clave de toda esta dinámica, que abarca desde la Guerra de Secesión hasta las primeras décadas del siglo pasado encierra un enorme debate sobre la redistribución de la renta.

Hay una famosa sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1895, en que se declara la inconstitucionalidad del impuesto a la renta, del impuesto de réditos sobre una tasa progresiva, en razón de que se lo considera una expropiación. Esta inconstitucionalidad de la escala progresiva tributaria y esta sentencia del año 1895 demoraron dieciocho años la imposición del impuesto sobre la renta en Estados Unidos. Para los teóricos de la época, cualquier tentativa de redistribución significaba comunismo, socialismo, anarquismo: destruía las bases constitucionales

de los Estados Unidos. Lógicamente, favorecer esto iba a hacer que las mayorías que eran más carenciadas votaran gobiernos que cada vez redistribuyeran más, lo que destruiría las clases progresistas que eran las clases que detentaban la hegemonía y la dinámica de la economía, y esto iba a llevar a la catástrofe total por vía de un populismo insoportable. Teóricos de la época que lo decían claramente. El temor a la mayoría, el temor a la dictadura de la mayoría, el temor a la redistribución. Pero no era una cuestión sólo de *taxation*, no, era una cuestión de que había que cerrar todos los caminos para evitar que por cualquier otro atajo se procediera a la tentativa de redistribución más equitativa y todos los caminos jurídicos fueron tratando de obturarse. Uno era el campo del poder de policía, poder de policía sobre salud, poder de policía sobre moralidad, sobre seguridad. No se negaba el poder de policía del Estado —pero cuidado: que ese poder de policía no se usase como un mecanismo de redistribución— y aquí realmente se marcó el límite que determinó que haya una reacción en el pensamiento jurídico, porque se llegó con una sentencia de 1905 a una situación prácticamente límite o casi escandalosa. Lo que se estaba tratando era que de cualquier manera el derecho público —a través del derecho de policía— no limitase el ámbito del derecho privado y de la absoluta libertad de contratación.

Fue la sentencia *Lochner* contra *New York* de 1905. ¿Qué resolvió? Resolvió la inconstitucionalidad de una ley que limitaba a sesenta horas de trabajo a los trabajadores de los hornos. Se reconocía que sí, que el trabajo en los hornos era un trabajo insalubre, pero el poder de policía no podía meterse en eso porque limitaba la libertad de contratación, y de reconocer la constitucionalidad de esa ley, lo que se estaba haciendo era abrir la puerta para que el poder de policía se fuese metiendo en otro ámbito. De modo que pese a reconocer que los trabajadores se iban a morir, no se admitió que se abriese esa posibilidad por parte de los poderes democráticos.

La libertad contractual era sagrada, y se la distinguía nítidamente del derecho de daños. Pero cuidado, cuidado con el derecho de daños también, cuidado que el derecho de daños se convirtiera en una vía de redistribución, y comenzó con las empresas ferroviarias. A la responsabilidad por causación, por causalidad, a la responsabilidad objetiva, había que limitarla, porque de lo contrario las empresas ferroviarias tendrían grandes pérdidas. Había que limitar la causalidad en el derecho de daños, entonces se empezó a inventar la teoría de la causalidad, causalidad limitada, la pri-

mera, la determinante, hasta que se llegó a algunos absurdos como decir bueno, la empresa ferroviaria responde por el incendio de la casa que está al lado de la vía, pero si el incendio se trasladó a otra que está más allá no, esa que está más allá no, no responde.

Todas las teorías de limitación de responsabilidad objetiva, limitar la responsabilidad de la persona jurídica a la *negligence*, a la culpa, a la negligencia, respondían en aquel momento básicamente a esta idea. Esfuerzos limitadores de la causalidad.

El otro aspecto, la responsabilidad por los actos de los dependientes, la responsabilidad del *master* por los actos de los dependientes cuando éstos actuaran fuera o contra el mandato del *master*, solo se admitía en el límite del contrato que vinculaba al dependiente con el *master*, no cuando este actuaba al margen del contrato. Todo esto, y fundamentalmente la sentencia *Lochner*, llevó a una reacción teórica. Fue en 1909, en un artículo donde se marca la rebelión de una nueva generación de juristas respecto de esta concepción del derecho. Lo primero que se había visto era que había contratos, sí, pero el contrato concebido como acuerdo de voluntades, como un acuerdo de mentes, como una coincidencia de mentes —el concepto subjetivista o voluntarista— del contrato chocaba con ciertos contratos en que no parecía haber un acuerdo de esta naturaleza, como el contrato de adhesión. Entonces se estaba por venir abajo la teoría voluntarista del contrato y aparece la teoría de los cuasi-contratos, y se distingue entre ellos y los contratos.

Aquí comienza realmente el movimiento de la teoría del contrato hacia un objetivismo, hacia la objetivación de la voluntad. A partir de esto se revierte toda la concepción del contrato que había hasta ese momento, se empieza a archivar la teoría subjetivista-voluntarista y el derecho contractual se va acercando al derecho de daños. Y así va a seguir la historia, claro, y vamos a llegar a 1930, vamos a tener todo el problema de los *trust*, de la ley *antitrust*, todo lo que sabemos.

Todo esto lo digo para ver que estos conceptos de derecho privado, que parecen tan lejanos de concepciones, tuvieron su funcionalidad, su macro-funcionalidad. Sin embargo, no están tan lejanos, están completamente impregnados en una macro-funcionalidad política. Nada es ingenuo, en este ámbito, todo está en alguna medida más o menos vinculado a los problemas de redistribución de renta.

Pero la cuestión ni siquiera es tan sencilla como para que uno pueda decir, "bueno, tal concepto cumple o desempeña tal función dentro de tal contexto". No, porque los conceptos viajan, los tomamos, se trasladan. Y un mismo concepto, una misma doctrina, una misma construcción jurídica, cobra distintos sentidos funcionales según el contexto en que opera. Hasta el punto de poder presentar algunos casos en que la funcionalidad es diametralmente opuesta en el lugar de origen o a donde se la traslada para operar. Hay ejemplos clarísimos, quizá el más claro de todos sea el del control de constitucionalidad. La Constitución alemana de Weimar no establecía, no facultaba al control de constitucionalidad. Pero por la década del '20 el Tribunal de Casación o de control de constitucionalidad, dijo "¡ah!, lo que no está prohibido está permitido". Sí, claro, pero eso funciona para los ciudadanos, no funciona para un órgano de poder. Entonces como no estaba prohibido que ejerciera el control de constitucionalidad, se lo atribuyó. Esta famosa sentencia de empoderamiento del tribunal ingenuamente es celebrada por algunos teóricos del derecho comparado como el *Marbury vs. Madison* de Alemania. No, ¿por qué el Tribunal de Casación hizo eso en medio de la República de Weimar? Porque quería declarar inconstitucionales las leyes laborales, las leyes sociales que estaba dictando la social democracia que gobernaba Weimar. De modo que cuidado con un mismo concepto trasladado a otro contexto.

El amparo mexicano, por ejemplo, de la Constitución mexicana liberal del siglo XIX, después lo refuerza la Carta de Querétaro del 1917. A través de la Constitución del 17 se establece un control de la justicia federal sobre las sentencias de los tribunales provinciales, de los tribunales de los estados muchos de los cuales estaban en manos de verdaderos caciques. Entonces era una garantía federal respecto de lo que podían hacer los dependientes de esos caciques vestidos de justicia provincial o de justicia estadual. Se desarrolla el amparo, la teoría general, ni siquiera el *habeas corpus* queda dentro del amparo como forma de amparo de libertad, amparo materia de trabajo, amparo materia de tierra, amparo materia agrícola, etc.

Este instituto generoso y de creación regional, ¿cómo aparece entre nosotros? Y ¿contra quién aparece? Por una Corte Suprema **de facto** contra los obreros que no se retiraban de una fábrica, simplemente se quedaban, sin hacer nada, había que sacarlos... Así nace nuestro amparo.

Contextos distintos, instituciones similares cobran sentidos o significados distintos. Nada es inocente en la conceptualización jurídica, nada se crea por que sí, pese a que los que a veces lo crean están convencidos que es porque sí. Ellos se convencen que hicieron una gran creación porque sí, pero después esa creación puede ser o aceptada y aplaudida o rechazada frontalmente según la funcionalidad que tenga para el grupo que la acepta, la empuja o la rechaza; pese a que quien la haya creado siga pensando que es ingenua y que es neutra.

Yo no soy civilista. No tengo el fino sentido del cultor del derecho privado para seguir las alternativas de nuestro derecho civil, de nuestro derecho mercantil. Pero algo que me toca de cerca es lo penal y la dinámica que cumplieron conceptos jurídicos en materia penal en nuestro medio. Y no me voy a referir a cosas actuales, sino, me voy a parar en unas décadas antes. Es muy ilustrativo. Hace cien años yo creo que no se había escuchado en Argentina ningún autor alemán. Reinaba el positivismo criminológico italiano. Ferri había venido dos veces al país, se había peleado con Juan B. Justo, y a todo esto era socialista todavía (no había terminado siendo senador fascista). Acá reinaba el positivismo, positivismo "peligrosista". Y reinó casi sin objeción hasta fines de la década del '30 donde empezó a tener algunas resistencias. Realmente fue la primera vez en que la ideología penal dominante de la Academia coincidía con la ideología de la república oligárquica. Era el esquema spenceriano fundamentalmente, el racismo que llevaba a la coincidencia de ambos segmentos.

Cuando alguien dijo que la magistratura eran los primos pobres de la oligarquía, creo que en algún sentido tenían razón e ideológicamente también.

Bueno, entramos en crisis, entran en crisis la republicas oligárquicas en América Latina. Empieza la guerra civil trágica de México de 1910, cada uno de nuestros países fue siguiendo. Entra en crisis la filosofía positivista, ya se hace insostenible, hasta la misma base de causalidad, la causalidad newtoniana, entra crisis. Las ciencias duras, la misma física. Ya eso era absolutamente insostenible y de pronto empieza a difundirse una técnica que viene de Alemania. Pero, ¿qué es lo que traen? ¿Qué técnica a traen? Traen una construcción sobre la base neokantiana. ¿Qué significa esto? ¿Qué papel tenía esto? Los que hayan mirado alguna vez libros de penal van a ver unos cuántos nombres que se mezclan todos, da la impresión de que cada uno dice lo que le da la gana. No, no dice cada uno lo que le da



la gana. Cada uno opera en su momento en Alemania conforme a determinado contexto. Binding era el penalista de la época de Bismarck; Von Liszt, su gran contradictor, el penalista del segundo momento del Imperio de Guillermo II. Pero seguía siendo un positivista, era un positivista criminológico, el otro era directamente un normativista así que no discutía la autoridad del estado, el estado estaba sobre todo para Binding. Von Liszt era un positivista, pero los dos eran bastante reaccionarios, por supuesto, por la cantidad de cosas que decían. Por más que muchos los presentan como liberales, no lo eran, nunca lo fueron, pero de cualquier forma en un momento dado la carrera, la tesis de Binding se corta y lo que sigue es la de Von Liszt, con la particularidad que dice "bueno, no me interesa si esto es así o no es así, lo que pasa es que si no es así, bueno, yo ordeno el mundo para que esto sea así". Y eso fue el neokantismo. El mundo es caótico, no lo puedo disponer, las cosas se me dan todas mezcladas. Para decidir algo hay que poner un orden y lo que establece el orden es el valor, el valor jurídico. ¿Qué es el valor? No, los valores no **son**. Los valores valen. ¿Para quién valen? Y bueno... hasta el día de hoy estamos discutiendo si los valores son subjetivos, objetivos: no me iba a meter en la filosofía de los valores. Pero evidentemente, lo que se estaba diciendo es, los valores valen para los que los establecen, claro. No cabe la menor duda que valen para los que los establecen. No hay duda de eso. Jurídicamente alguien estableció el valor. Está fuera de cualquier cuestionamiento eso.

Bien, esa teoría y esa construcción del mundo que se puede hacer ordenándolo conforme a valores, según si quien lo ordena tiene valores liberales, va a ser liberal, y si quien lo ordena tiene valores autoritarios, va a ser autoritario. Y sí, es cierto que hubo neokantianos liberales, sí —Radbruch, por ejemplo—. Curioso, nosotros nunca los leímos en Penal, a ninguno. Los leímos en Filosofía del Derecho..., en Penal nunca.

¿Quién llegó? Metzger. ¿Quién era Metzger? Era el jurista neokantiano de la época nazi, el más distinguido de los juristas neokantianos de la época nazi que se peleaba con dos jóvenes profesores nazis de Kiel, que querían hacer otra cosa, hacer una teoría sistémica porque él les decía "No, mire, con mi neokantismo me arreglo fenómeno para explicar la legislación nazi". Y llega Metzger. Nos llega de la mano de autores absolutamente insospechados de tener ni el más mínimo contacto con la ideología nazi. Insólito, ¿quién traía a Metzger? Exiliados republicanos españoles, y continuaron toda su vida siéndolo. Y murieron siéndolo. Nombres que son

incuestionables en ese sentido. ¿Quién traduce a Metzger en la Argentina? El *Manual* de Metzger lo traduce un judío italiano expulsado de la Universidad de Modena. ¿Pero qué es esto? ¿Qué pasa?

Se trasladó algo que respondía a una determinada concepción en su origen, se lo trae vestido de ciencia, era la ciencia objetiva, llega aquí y, claro, acá había una lucha contra el tenebroso positivismo, era lo que luchaba contra el positivismo, era progresista, era avanzado. Cobra otro sentido y se crea la idea de que todas esas categorías del neokantismo son las que por sí mismas garantizan un derecho penal de garantía liberal. A tal punto se crea esta idea en nuestra región latinoamericana que se quiso hacer un código único consagrando esas ideas. Se empiezan a hacer reuniones del código penal tipo latinoamericano, en Buenos Aires, en México. En el año '63 empiezan, terminan en la década del '70 bastante vergonzosamente con la comisión visitando a Videla acá, pero bueno, se terminó la empresa.

Pero ¿qué era lo que se quería hacer? Consagrar en la ley, en un código único, esas mismas categorías. Quien atacaba esas categorías estaba entonces atacando el derecho penal de garantías, atacando el derecho penal liberal.

Miren cómo sigue la historia: ya en la posguerra europea había un movimiento contrario a la metodología neokantiana. Dicen "no, momento, el mundo no es un caos, el mundo está más o menos ordenado, hay orden físico, hay orden biológico, hay orden de distintas naturalezas y cuando el derecho nombra algo que está dentro de un determinado orden tiene que respetar las características ónticas que tiene dentro de ese orden". ¿No? Una vaca no es una vaca jurídica, es una vaca zoológica, una piedra es una piedra, mineral. Si ignoro el ser ontológico de la cosa, bueno, la norma va a dar en cualquier lado, va a regular otra cosa. "Señor: usted sí puede construir conceptos jurídicos distintos de los conceptos reales, puede hacer la vaca jurídica, se lo permito, por supuesto no está prohibido, lo que pasa es que ese derecho no va a tener eficacia".

Y a partir de ahí se construye una nueva teorización, que ideológicamente corresponde a la reconstrucción de la República Federal Alemana, al establecimiento del Tribunal Constitucional Alemán. Más o menos a un renacimiento de todo un pensamiento que trataba de ponerle algún límite al legislador dentro del cual estaban algunos resurgimientos del Derecho Natural, pero otros más modestos decían "no, bueno, cuidado,

hay un respeto óptico simplemente para que el derecho tenga eficacia". Y es la Alemania de Konrad Adenauer no es otra cosa, pensamiento de Welsel, finalismo y toda esta discusión. Pero llega acá y entonces, claro, ¡cuidado! Está atacando al derecho penal liberal. Unos decían eso y otros... otros, por lo bajo, dijeron otra barbaridad peor, pero no se animaron a escribirla, dijeron que abría paso al marxismo y que era una teoría de fondo marxista.

Por supuesto, sabían que algo que nace en el contexto de Konrad Adenauer no puede ser marxista, pero bueno... Y por eso, bueno, tontos no eran y no lo escribían. No hubo ningún autor respetable argentino que lo haya escrito. Encontraron un muñeco de ventrílocuo del otro lado del Río de la Plata, y bueno, le dieron un diploma de doctor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires intervenida, claro, y él le dio alguno de los que decían con diploma de la República también intervenida, se cambiaron títulos de doctor *honoris causa* y este señor uruguayo lo escribió... ¿qué vamos a hacer?

Cuando le explico esto a los alemanes me miran incrédulos. Sí, es absolutamente increíble, pero es un concepto que va a dar otro contexto. De modo que los contextos no son únicos. Los conceptos —hay que tener cuidado— primero por el origen del concepto, pero después hay que analizar no sólo el origen, no sólo la estructura, no sólo su funcionalidad originaria en el contexto originario, sino también la funcionalidad que adquieren en el contexto que uno vive. Hay que estar muy atentos para esto, hay que estar con los ojos bien abiertos, el oído bien aguzado, el olfato también, no es sencillo. Pero todos los días en una sentencia, en un dictamen, en una defensa, los conceptos jurídicos nos pueden jugar una trampa y hacernos funcionales para lo que no queremos ser.

Deseo que esta especialización los deje ampliamente preparados para esta tarea. Muchas gracias.



# Tragedia y derechos: repensando los comienzos de la Modernidad política<sup>(1)</sup>

ALBERTO FILIPPI<sup>(2)</sup> y EDUARDO RINESI<sup>(3)</sup>



## Palabras del Dr. Filippi

Finalmente tenemos en nuestro curso al profesor Rinesi. Éste es el primer encuentro suyo con la Escuela del Servicio de Justicia y espero que sea el comienzo de un diálogo, un diálogo entre la Filosofía Política y la Filosofía Jurídica, entre la historia de los derechos y la historia de las ideas, tal como lo indica el objetivo, una de las razones de ser del curso mismo.

Es en este curso donde analizamos la construcción histórica de los derechos y en el cual, como hemos visto hasta ahora, la construcción cultural y filosófica es una parte fundamental de la construcción de lo que hemos llamado una hegemonía jurídica-política-democrática. Además, dos de las

(1) Clase magistral pronunciada en el marco del seminario “Constitución, hegemonía y democracia”, a cargo del prof. Alberto Filippi, 2013.

(2) Nacido en Italia (Padova). Abogado (Universidad Central de Venezuela). Doctor en Filosofía (Universidad de Roma - La Sapienza). Hasta 2009, Profesor Titular en la Università degli studi di Camerino de Historia e Instituciones de las Américas, Instituciones Políticas Europeas, Derecho Constitucional Italiano y Comparado, y Teoría del Estado. Entre 1999 y 2005, fundó y dirigió el Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas. Enseña en diversas universidades europeas y americanas. Es el fundador del Consorcio Interuniversitario Italiano para la Argentina. Desde 2013, es Docente de la Escuela del Servicio de Justicia.

(3) Licenciado en Ciencia Política (UNR), 1988. Magíster en Ciencias Sociales (FLACSO), 1992. Doctor en Filosofía (Universidad de San Pablo - USP, Brasil) 2002. Entre 2002 y 2010, dirigió el Instituto del Desarrollo Humano de la Universidad Nacional de General Sarmiento. Actualmente, es Rector de la Universidad Nacional de General Sarmiento y Director de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) en representación de las universidades nacionales.

obras de Rinesi son libros de referencia para nuestras tesinas, así que algunos ya han comenzado a leerlos. Pero lo que nos interesa es trabajar conjuntamente, ustedes más jóvenes, nosotros más grandes, en una perspectiva común. Ustedes como operadores del derecho que deben tener una visión crítica de lo que es ser juristas, y nosotros, como intelectuales y militantes de las ideas filosóficas. Lo que nos interesa es trabajar todos juntos, con Rinesi, con Alicia Ruiz y los demás colegas profesores del curso para re-pensar una nueva teoría del Estado, y de la democracia, en esta América Latina del año 2013, a comienzos del siglo XXI, porque las teorías de las democracias occidentales del siglo XIX y las del siglo XX manifiestan grandísimas limitaciones teóricas, que conllevan graves deficiencias políticas e institucionales.

Así que esta clase magistral, este auspiciado encuentro con Rinesi es propedéutico, introductorio a un debate que espero que siga en el tiempo, con miras a un trabajo generacional, a una acción en común, de ese "intelectual colectivo" que tiene que ser el jurista público, el operador jurídico democrático latinoamericano hoy en día.

Entonces está muy bien recibido el profesor Rinesi, y lo escuchamos.

### **Conferencia del Dr. Rinesi**

Muchas Gracias. Éste es un encuentro introductorio en el que me gustaría presentarles algunas ideas muy generales sobre las que vengo dando vueltas desde hace unos cuantos años, alrededor de una sospecha: la sospecha de que el mundo de la tragedia, entendida como uno de los grandes géneros literarios de Occidente, tiene algo para decir a una reflexión teórica sobre el mundo de la política, sobre el mundo de la justicia, sobre el mundo de las leyes... Por supuesto, me gustaría que todo esto nos sirviera para poder pensar algunos temas más cercanos, digamos así, menos generales, que nos trajeran hacia la discusión latinoamericana y argentina actual en torno a los problemas de los derechos y al problema del Estado, que son problemas fundamentales. A mí me parece que hoy estamos en una coyuntura efectivamente importantísima en América latina —y en Argentina de manera particular—, en la construcción de una cultura de derechos y de la comprensión de la necesidad de una nueva teoría sobre el Estado, que me parece que fue uno de los grandes ausentes en la teoría social y política latinoamericana y argentina de las últimas tres décadas, después de haber sido una presencia muy fuerte en las teorías sociales y políticas de la región en décadas anteriores.

Quizá sería interesante conversar sobre el modo en que evolucionaron estos problemas en la historia de nuestras ciencias sociales, de nuestra ciencia política, de nuestra filosofía política, a lo largo de las últimas décadas, o por lo menos de las últimas tres, desde el inicio del ciclo de lo que se dio en llamar la “transición” a la democracia, con su preocupación muy centrada en el problema de la libertad o de las libertades, hasta el modo en que nos representamos estos mismos problemas hoy, cuando esas libertades con las que podíamos soñar hace 30 años están plenamente realizadas en nuestro país, rigen de una manera inédita entre nosotros, y cuando, por eso mismo, tendemos a pensar, cuando pensamos en cuáles son los desafíos de nuestra democracia, más que en la centralidad del problema de las libertades, en la centralidad del problema de los derechos y en la utopía de la igualdad.

Me parece que el problema de los derechos, de la igualdad, y del Estado, en la mejor tradición republicana —que es una palabra y una tradición que también tenemos que recuperar para evitar los usos muy simplificadores y muy empobrecedores que de esta palabrita, “república”, se suele hacer en el debate público argentino más convencional de estos días que corren—, como el garante de nuestros derechos y como la condición misma de la verosimilitud de esa utopía de la igualdad que me parece que es la nuestra. Éstos son, en efecto, algunos de los problemas que hoy se tratan de pensar, y querría insistir, antes de empezar, en que es con la esperanza de que lo que digamos pueda eventualmente proporcionar alguna ayuda para este necesario pensamiento que voy a proponerles conversar sobre el tema que anunciamos al inicio: el de la tragedia y la política, o el de la tragedia —mejor— como puerta de entrada o como clave de inteligibilidad de una reflexión sobre la política.

Para ir, entonces, al corazón de nuestro asunto: ¿por qué podemos atribuir esa capacidad a la tragedia, ese género literario, teatral, que inventaron los antiguos griegos, y que el viejo maestro Hegel pone, en su *Estética* —en el tomo 8 de la *Estética*, que es un texto fundamental de la historia de la filosofía del siglo XIX—, en la cumbre de las creaciones del espíritu artístico de la humanidad, como el género, en efecto, más elevado de todos los géneros del arte de los hombres, y como el que recoge a todos los anteriores géneros en los que la humanidad, por así decir, se pensó a sí misma a través del arte? A ver: es evidente que la tragedia es un género muy importante en nuestras vidas. En la forja misma de nuestra subjetividad y de nuestra sociabilidad, en la construcción de nuestra vida en común. Todos somos hijos de un puñado de grandes tragedias.

Todos somos hijos de Edipo. La mayor teoría sobre la subjetividad que se inventó en los últimos dos siglos constituye una lectura del mito de Edipo (el viejo Lévi-Strauss decía, un poco en broma, un poco en serio: “y no la lectura más interesante”). Lo cierto es que, hayamos leído o no al *Edipo* de Sófocles, hayamos leído o no al *Hamlet* de Shakespeare, hayamos leído o no a *Ricardo III*, somos mucho más hijos de esas grandes tragedias que formatean nuestra subjetividad y nuestra sociabilidad que lo que lo somos de cualquier personaje de cualquier novela que se les ocurra.

Y esto no deja de ser interesante. Digo: que la tragedia sea a tal punto constituyente de nuestra subjetividad, de nuestra sociabilidad y de nuestra politicidad, siendo que ese género teatral, cuando uno lo piensa un poco, es un género que sólo fue dominante, hegemónico o central en la cultura de los hombres de Occidente en dos momentos bien circunscritos, bien acotados en el espacio y en el tiempo. Porque si uno tiene que decir cuándo fueron escritas las grandes tragedias, el puñado de las grandes piezas en las que pensamos cuando decimos la palabra “tragedia”, de esas grandes tragedias sin pensar las cuales no podemos pensar la cultura occidental, resulta que esas grandes tragedias fueron escritas durante unos 50 años en un lugar remoto llamado Grecia, durante no más de un par de generaciones de grandes dramaturgos, y durante otros 50 años (desde 1590 hasta 1640, y después paren de contar) en la Inglaterra isabelina y jacobea de Shakespeare y de Johnson y de dos o tres más.

Por supuesto: no se trata de que antes y después de esos dos momentos gloriosos en la historia de la tragedia no hayan existido, no se hayan representado y no se hayan escrito tragedias, sino que la tragedia como género —digamos así— “central” de la literatura de una civilización, como sinónimo o emblema de una cierta cultura, sólo existió en esos dos momentos muy precisos de la historia de la humanidad occidental, y que bastaron esos dos momentos para convertirla —si Hegel tiene razón— en el género mayor de la cultura de Occidente. Pues bien: es evidente que en esas tragedias uno puede encontrar fuertes inspiraciones para pensar el problema de la vida individual de los hombres. Ya lo dije: Freud leyó muy bien a las tragedias antiguas y modernas, leyó *Edipo*, leyó *Hamlet*, leyó las grandes tragedias de la antigüedad griega y del renacimiento inglés. Pero también lo es que en esas mismas tragedias uno puede encontrar también una fuerte inspiración para pensar los problemas de la vida **colectiva** de los hombres y de los pueblos, los problemas de la **política**, que es lo que nos interesa acá, porque acá estamos interesados en los problemas, eminentemente políticos, de la Justicia, del Derecho y de las Leyes.

La pregunta sería, entonces: ¿Por qué? ¿Por qué —quiero decir— nos ofrece la tragedia instrumentos conceptuales útiles para pensar los problemas de la política? A mí me parece que, para empezar, por una razón fundamental: porque la tragedia tematiza, de una manera estetizada, estilizada, aquello que constituye la materia, la carne misma de la vida colectiva de los hombres, de la política, a saber: el conflicto. Así lo dice por ejemplo, entre otros muchos que lo han dicho, un filósofo político francés que a mí me gusta mucho: Claude Lefort, compañero de ruta y discípulo del gran Maurice Merleau-Ponty, autor de una obra fenomenal y sobre todo de un *Maquiavelo* que les recomiendo especialmente. *Maquiavelo: el trabajo y la obra*, se llama el texto: un trabajo notable, que hace poco está traducido al español. Pero este Lefort tiene también por ahí otro libro, mucho más pequeño, que tiene un título muy sugerente: *¿Permanece lo teológico-político?* En realidad se trata de una conferencia, o de parte de un curso, que la astucia editorial de algún editor avisado convirtió en un pequeño librito.

Lo cierto es que la pregunta que da título a este librito es una pregunta muy interesante: se trata, en efecto, de una de las grandes preguntas de la filosofía política de los últimos siglos. Esa charla que dio Lefort es en realidad una conferencia sobre la *Historia de la Revolución Francesa* de Michelet, y en algún momento, casi al pasar, como quien no quiere la cosa, como si no estuviera diciendo nada importante, el tipo agarra y dice: “Los dos principios constitutivos de la política son el conflicto y el poder”. Es decir: hay política porque hay conflicto y hay política porque hay poder. Me parece que es una idea importantísima, y aproveché esta frase de Lefort muchas veces para iniciar cursos de filosofía política moderna, porque me parece que si uno toma esos dos conceptos fundamentales, el de conflicto y el de poder, puede organizar alrededor de ellos las grandes corrientes de la filosofía política del siglo XVI para adelante, de Maquiavelo para adelante. Maquiavelo es el primer teórico propiamente moderno del conflicto y del poder.

Pero a los efectos de lo que yo quiero decir hoy, que es bastante menos que todo eso, sólo me voy a quedar con la primera parte de la frase de Lefort: con la idea, fundamental, de que hay política porque hay conflicto. Es decir, con la idea de que, contra lo que a veces oímos por ahí, el conflicto no es la parte mala de la vida de los hombres, no es eso que “lamentablemente ocurre” cuando las cosas “funcionan mal”, no es eso que deberíamos rechazar o lamentar. El conflicto es la carne misma de la política. Y si por



casualidad pudiéramos —pero no podemos— imaginar una sociedad sin conflictos, que no sé como sería, en esa sociedad no habría política. Habría quizá administración, quizá alguna forma de mecanismo de relojería, habría gestión, pero no habría política. La política empieza cuando hay entre los hombres, o entre los grupos, conflicto. De lo que sea: de clase, de género, de religión, de gustos... La política empieza cuando empiezan los conflictos y la necesidad de procesarlos, la necesidad de lidiar con ellos, de hacer algo con esos conflictos que parten, que rajan en dos —o en más de dos— el cuerpo social.

Y la tragedia tematiza exactamente eso: el conflicto. Lo tematiza, les decía, de un modo estetizado, estilizado, y también —agrego ahora, y es fundamental— de un modo extremo. En efecto: lo que define a la tragedia es que el conflicto que ella piensa es un conflicto **radical e irreductible, irresoluble**, imposible de salvar o de solucionar. El conflicto trágico es un conflicto extremo que no puede resolverse ni procesarse: es una forma de conflicto que, por eso mismo, hace que **necesariamente**, en las tragedias, y discúlpenme ustedes el modo un tanto simple en que lo digo, las cosas “terminen mal”. Mejor: **no puedan sino “terminar mal”**. Efectivamente, en las tragedias las cosas nunca pueden, nunca podrían, “terminar bien”, porque el conflicto que habita la situación trágica que la tragedia propone y tematiza es un conflicto radical e irresoluble. Que puede tener, por cierto (agreguemos ahora esto, y veamos si avanzamos un poquito), dos grandes formas, que convienen respectivamente al tipo de tragedia “antigua” de los viejos y queridos griegos, y al tipo de tragedia “moderna” del renacimiento inglés. Veamos qué tipo de conflicto nos plantea cada una de ellas.

En la tragedia antigua se trata de un conflicto que voy a llamar “objetivo”: es un conflicto entre valores, o sistemas de valores (más “griegamente”: entre dioses), enfrentados, **objetivamente** enfrentados, en el mundo. ¿En qué mundo? En el mundo de los dioses: en el mundo olímpico, donde conviven, por ejemplo (pero no es cualquier ejemplo: es el que nos conduce a la tragedia griega antigua por antonomasia: *Antígona*), los dioses del hogar, con sus preceptos, sus mandatos y valores, y los dioses del Estado, con **sus** preceptos, mandatos y valores. Así, el conflicto entre los dioses del hogar y los dioses del Estado es un conflicto **objetivo**. No es un conflicto que tenga lugar en el corazón atormentado de ningún sujeto, porque exactamente lo que no hay en la tragedia griega son sujetos con

corazones atormentados. No hay ese tormento de los corazones, no hay la vacilación que vamos a encontrar después (por supuesto: en *Hamlet*), y **es exactamente eso lo que nos conmueve**.

En efecto, lo que nos conmueve del personaje de Antígona es exactamente que Antígona no duda respecto de qué es lo que tiene que hacer en la encrucijada en la que se encuentra. Antígona sabe que siendo la hermana de un muchacho muerto tiene la obligación ante los dioses que presiden su vida, que son los dioses del hogar, de hacerlo enterrar. Y Creonte, que es un personaje igualmente conmovedor, que nos tiene que conmover tanto como Antígona (si no, entendemos "griegamente" *Antígona*), tampoco duda ni un poquito sobre qué tiene que hacer. Y esto a pesar de que tiene todos los motivos para vacilar, a pesar de que no la quiere matar a Antígona, a pesar de que la entiende y de que la quiere. Pero el tipo es un sujeto moral, y un sujeto moral de una sola pieza. Igual que Antígona: en eso son idénticos, y es esa identidad la que precipita la tragedia.

Entonces, lo que trato de decir es que ese conflicto trágico es un conflicto objetivo. Los personajes de la tragedia griega son efectivamente eso: **personajes**, no subjetividades "densas". No hay, en efecto, densidad subjetiva en los personajes de la tragedia griega, que es lo que buenos conocedores del asunto le criticaban a Sartre cuando Sartre hacía sus traducciones/"versiones" de esas célebres tragedias, en las que solía convertir a aquellos personajes de una sola pieza, idénticos a sí mismos y que no dudaban ni un poquito (que sabían lo que hacían y lo que tenían que hacer, que sabían, con una certeza absoluta, a qué sistema de dioses debían fidelidad), en pequeños burgueses llenos de dudas y de complejos y de psicoanálisis y con *posters* de Los Beatles colgados en las paredes de sus cuartos. Pienso por ejemplo en los textos de Nicole Loraux criticándole a Sartre su traducción/versión/traición de *Las troyanas*, de Eurípides. Que es extraordinaria, pero que —dice Loraux— ya no es Eurípides.

En efecto, escrita en el contexto de las guerras de Argelia y de Vietnam, la versión sartreana de *Las troyanas* transforma la relación entre griegos y troyanas que tematiza Eurípides en una forma de la relación entre las potencias imperiales y los países del tercer mundo. *Las troyanas* de Eurípides termina con las mujeres de Troya sometidas por la fuerza por los soldados griegos y subidas a los barcos, donde serán llevadas como esclavas a Grecia. Y esas pobres mujeres derrotadas, que han perdido a sus padres, a sus hijos, a sus maridos, a sus hermanos, suben cansinamente a los barcos, y

Hécuba dice algo así como "Llevadnos, soldados griegos, llevadnos, nuestras rodillas ya no resisten, nuestra vida no tiene sentido, hacednos vuestras esclavas, ya nada importa". Así termina la pieza. Bueno: cuando Sartre traduce eso, escribe: "No nos llevaréis, perros imperialistas", "¡Rodillas: resistid!", y cosas de ese estilo, que vuelven inevitable prestar atención a la crítica de Loraux. Porque está todo bien con que Sartre sea un militante político y esté tratando de llevar "agua para su molino", pero de ahí a hacer de Hécuba una abanderada de la causa vietnamita... Pero en fin: no nos distraigamos.

Lo que yo quería decirles es que, en contraste con este tipo de presentación de personajes antagónicos que son encarnaciones de valores objetivos opuestos y enfrentados, lo que ocurre en la tragedia moderna (en la del renacimiento inglés, digamos: en la de Shakespeare) es que el conflicto, que es tan irreductible como lo era en la tragedia antigua, no tiene lugar ya, como en aquella, en el espacio objetivo donde luchan dioses contrapuestos y enfrentados, sino que se produce ahora, por así decir, en el interior atormentado (en el alma dividida, en el corazón partido) de un sujeto. En la segunda escena del acto V de *Hamlet*, Hamlet le dice a su amigo Horacio: "Señor, en mi corazón había una suerte de lucha", y ese verso resume Hamlet. En efecto, *Hamlet* es la historia de un muchacho en cuyo corazón hay "una suerte de lucha", porque su corazón está como tironeado por dos sistemas morales enfrentados. **Igualmente morales** ("indecidiblemente" morales, digamos), pero antagónicos.

¿Cuáles son esos dos sistemas morales que se enfrentan en el corazón de Hamlet? Uno, el representado por la figura del espectro de su padre, que se le aparece en la terraza del castillo para decirle: "Hamlet" mató a tu tío porque él es el culpable de mi infame asesinato y vos tenés que tomar venganza". Ese es un mandato moral. Cuando el padre de uno le dice a uno que tiene que hacer algo, eso es un mandato moral, y si el papá de uno, encima, está muerto, ese mandato moral es mucho más fuerte todavía. Pero al mismo tiempo que Hamlet oye este mandato moral paterno (que si quisiéramos ponernos menos "psi" y un poquito más historicistas llamaríamos "medieval-caballeresco": este mandato, digamos, asociado a la idea de la honra y de la venganza), es evidente que oye también "con el otro oído" (y ahora voy a decir algo sobre la cuestión de los oídos en *Hamlet*) **otro** mandato, igualmente moral, pero **opuesto** al anterior, que es el mandato —digamos— civil-burgués, moderno, que nos enseña que no hay que andar matando gente por ahí. Hamlet se da cuenta que si llegara

a matar a su tío Claudio se convertiría exactamente... en su tío Claudio: en un rey asesino de su antecesor, y entiende que es con esa costumbre de llegar al poder de esa manera —y no con la vida de nadie en particular— con lo que hay que terminar en Dinamarca.

Entonces: hay allí dos sistemas morales, evidentemente muy potentes, que hablan al corazón de Hamlet, y a los que Hamlet presta sus oídos. Es lo que lo diferencia tanto —por un lado— de Laertes (que es un perfecto muchacho medieval, que no tiene ninguna sensibilidad civil burguesa moderna, que es puro y básico sentimiento de honra y de venganza) como —por el otro— de Horacio, su amigo intelectual, el intelectual “racionalista” al que Shakespeare hizo subir a las tablas del teatro “The Globe” cuarenta años antes de que Descartes y Hobbes y Spinoza empezaran a hacerse su lugar en ese otro escenario que era el escenario de la filosofía europea. Shakespeare vislumbró a Descartes cuatro décadas antes de Descartes, confirmándonos hasta qué punto muchas veces la literatura puede anticiparse a los movimientos de la historia. Descartes, en el *Hamlet* de Shakespeare, se llama Horacio. Que es —les decía— pura modernidad, así como Laertes es puro medioevo. Hamlet, en cambio, es **las dos cosas al mismo tiempo**, y es por eso que “en su corazón hay una suerte de lucha”.

Esa lucha es entonces (si quisiéramos explicarla “históricamente”) resultado de la circunstancia de que Shakespeare (quien, por lo demás, tiene una extraordinaria sensibilidad para entenderlo, y habla por eso de los días “extraños, curiosos” que está viviendo: *these curious daies*, dice) es protagonista de un momento de pasaje o de quiebre histórico entre dos épocas distintas. Una que va quedando atrás, que es la del medioevo, la de la moral de la venganza, la de la ética del honor, y la otra que es la que viene, la que llega: la de la moral civil burguesa del Estado moderno. Por cierto, esas dos épocas tienen en *Hamlet* su representación, están **figuradas** en *Hamlet*, por dos personajes, que son los dos **fantasmas** que Shakespeare hace aparecer en la pieza. Uno que viene del pasado, y que es el del papá de Hamlet, que aparece por las noches en la terraza del castillo, y el otro que viene del futuro, que es Fortimbras, que se anuncia desde la primera línea y que sólo llega hacia el final y que es un fantasma que viene de adelante, no de atrás, y que anuncia el tiempo moderno que está por ser parido.

Es que ése es el raro ser de los fantasmas, la rara manera de ser-no-siendo de los fantasmas. Que a veces vienen de atrás y a veces vienen de

adelante. Lo sabía bien Carlitos Marx, que escribió sobre el asunto dos textos extraordinarios y muy bien conocidos. Uno es *El 18 brumario de Luis Bonaparte*, un libro importantísimo, en el que Marx nos habla de los fantasmas que vienen del pasado, que conviven con nosotros en el presente, pero siempre tirando la historia para atrás, no dejándonos ver las misiones que hoy tenemos porque nos nublan la vista con la imaginación de cosas del pasado. El otro es el *Manifiesto comunista*, que se abre —recordarán ustedes— con esa frase tan potente que dice que “un fantasma recorre Europa: el fantasma del comunismo”. Pues bien: ese fantasma del comunismo no es el del comunismo primitivo, no es el de algo que viene del pasado y que amenaza volver: es el comunismo *futuro* que se anuncia. Y bien: en *Hamlet*, que es una pieza sobre el tiempo, que es una pieza sobre la convivencia de dos tiempos en el tiempo, sobre la no coincidencia consigo del presente, sobre el desquicio del tiempo (“*The time is out of joint*”), los dos fantasmas están presentes simultáneamente, contaminando por igual el tiempo presente al que visitan: uno desde el pasado y el otro desde el futuro.

El que viene desde el pasado —el espectro del papá de Hamlet— viene como una suerte de “resto” de algo que pasó antes y que se resiste a desaparecer del todo, y eso nos permitiría una larga disquisición, que no vamos a hacer, sobre el asunto del resto y de los restos en *Hamlet* y en la reflexión que *Hamlet* nos propone sobre el tiempo y sobre la naturaleza del lazo entre los hombres. Digamos apenas que la palabra “resto” (*rest*) es una palabra muy importante en *Hamlet*, que vuelve sobre ella una y otra vez. Al final del primer acto, Hamlet le dice al espectro de su padre: “*Rest, rest, perturbèd spirit*”: descansá, descansá, espíritu perturbado. Al final del último, se despide con esa frase tan importante y significativa que es *The rest is silence*: el resto es silencio. Es que *rest* es resto y es descanso, y son los **restos** que quedan (que **restan**) de nosotros después de nuestra muerte, y sobre todo eso se habla todo el tiempo en *Hamlet*, prolíficamente habitada por gusanos que se comen los cadáveres y preguntas por lo que queda después de que nos vamos. *Hamlet* es una pieza sobre los restos, sobre el *rest*, sobre el resto del tiempo, sobre el descanso de los cuerpos, sobre lo que falta de la historia, todo eso es lo que en inglés quiere decir la palabra *rest*.

Pero si ese resto que es el papá de Hamlet vuelve bajo la forma de un espectro que nos habla del tiempo que ya fue, el otro espectro que aparece en la pieza, el de Fortimbrás (que quiere decir, por supuesto, “brazo

fuerte”), parece anunciar más bien una forma de organización política del Estado todavía por venir, una forma de organización futura (tan futura que el propio Hamlet, que la vislumbra pero que se muere justo antes, no llegará a conocer), y que es la forma de organización política del Estado que, cuatro décadas después, se ocupará de tematizar el bueno de Thomas Hobbes. Así que ya ven ustedes: ya indiqué dos cosas (la figura del intelectual moderno y la del Estado moderno) que Shakespeare parece haber podido ver, o adivinar, antes de que ocurrieran en la historia efectiva de su país y de toda Europa, y acá tenemos para hacer una nota a pie de página para llamar la atención sobre esta capacidad anticipatoria que tiene siempre la literatura, y que la distingue tanto de la filosofía (que, como nos enseñó el maestro Hegel, siempre “llega tarde”, como el búho de Minerva que levanta vuelo al anochecer, después de que lo pasado pasó, y porque pasó puede ser pensado) como de las ciencias sociales, que estudia los “hechos” sociales, como decía el bueno de Durkheim.

Pero es que “hecho” es el participio pasado de un verbo: del verbo “hacer”. Los **hechos** son hechos porque **están** hechos, porque **han sido** hechos, porque ya son, de alguna manera, parte del pasado, porque son una forma de marca del pasado (de una acción realizada en el pasado) en el presente. Las ciencias sociales estudian hechos, dice Durkheim. Bueno: la literatura no. No espera que las cosas estén “hechas” para escribir acerca de ellas. El literato, más bien, “olfatea en el aire”, olfatea el clima de su tiempo, y puede producir la mejor pintura de un burgués que se haya escrito en la literatura europea, que es la que está en el *Mercader de Venecia* de Shakespeare, antes aún de que en Europa existieran (o al menos fueran moneda corriente) los burgueses como ése que ahí se nos pinta de modo tan afinado y tan sutil. Y puede pintarnos de cuerpo entero a Descartes o a Hobbes o a Spinoza (y llamarlos, ya lo dije, “Horacio”) cuarenta años antes de que el gran racionalismo hiciera su aparición en la historia de las ideas europeas.

Y puede también presentarnos lo esencial de la teoría del contrato social del propio Hobbes al final de *Romeo y Julieta*, escrita en 1599, cuando el intendente de Verona le dice a Papá Montesco y a Papá Capuleto que se dejen de macanas, que ya les mataron a los dos hijos, y que ahora tienen la responsabilidad de que **nunca más** algo así vuelva a ocurrir, y para ello les propone que se dan la mano, que se hagan una promesa, que firmen un pacto. Esto es, digo, 1599: 42 años antes de que Hobbes lo escribiera en el *De Cive*, en 1641. Entonces, la literatura se adelanta a su tiempo porque

respira en el aire hacia a dónde van los tiempos. Shakespeare tiene una comprensión extraordinaria sobre esos “curiosos días” en los que escribe, y *Hamlet*, que les recomiendo leer una y otra vez (es una pieza que no se termina nunca de leer, con muchas enseñanzas para nuestros asuntos, para nuestros problemas, para el problema de la moral, de la justicia, de la política, del conflicto), *Hamlet* —digo— es exactamente una reflexión sobre ese tiempo curioso, ese salto de época, que caracteriza esos días en los que Shakespeare está escribiendo.

La última frase de *Hamlet*, lo decíamos recién, es ésa tan famosa que dice que “*The rest is silence*”. Ya dije algo sobre ella, pero ahora quiero decir algo más: que es que esta última frase (más aún: que la última **palabra**) que pronuncia *Hamlet* constituye una referencia, fundamental, al sentido del **oído**. Y esta referencia es fundamental, digo, porque en realidad *Hamlet* es una pieza que durante cinco actos no habla más que de los oídos: los oídos del cuerpo del rey que son envenenados por el veneno, los oídos del cuerpo del reino que son envenenados por las murmuraciones, los oídos que el bueno de Laertes le dice a su hermana Ofelia que “no preste” a los galanteos del príncipe, los oídos que el soldado Marcelo le dice a Horacio que “va a asaltar una vez más”. “Dejadme asaltar una vez más vuestros oídos...”, “Ha llegado a mis oídos...”, “No prestéis oídos...” Todo *Hamlet* es una pieza sobre los oídos. Polonio se esconde atrás de las cortinas para **escuchar** lo que *Hamlet* le dice a Ofelia. Eso no le sale del todo bien, y entonces dice: vamos a repetir la trampa y me voy a esconder ahora para escuchar lo que le dice a su mamá. Cuando comete por segunda vez esa torpeza, *Hamlet* (que ya le había avisado, la primera vez —aunque el idiota de Polonio no lo había entendido—, que no lo hiciera) lo mata. Pero digo: siempre los **oídos**. Y esta frase al final de todo, también sobre el oído: “*the rest is silence*”.

Porque inmediatamente después de ese “*the rest is silence*” aparece en escena quien va a ser el futuro rey de Dinamarca: el “Príncipe nuevo”, digamos, el titular del futuro Leviatán. Se llama —ya lo dije— Fortimbrás, y este Fortimbrás entra a la escena abriendo la puerta y diciendo: “¿Qué espectáculo es este?” Y lo recibe Horacio, que a su vez pregunta: “¿Qué es lo que queréis ver? Si es un cuadro de calamidad o pasmo dejad de buscar, aquí lo tenéis”. Quiero decir: que Shakespeare lo mata a *Hamlet* y le hace decir, como su última palabra, la palabra “silencio”, y que inmediatamente hace aparecer al nuevo soberano, al Leviatán '40 años antes del *Leviatán*, con tres referencias, en dos líneas sucesivas, al sentido de la vista. Esas cosas

Shakespeare no las hacía sin querer. *Hamlet* está escrita en 1601, en las puertas del siglo XVII, y en esa puerta de entrada de ese siglo que será el siglo de la vista, de la óptica, de la pintura, de la luz (el siglo de Descartes, de Hobbes y de Spinoza, de Kepler y de Vermeer), Shakespeare anuncia el lugar central que irá a tener la mirada (después del oído: después de los cuchicheos y las murmuraciones, las confesiones a media voz y las escuchas detrás de los cortinados) como metáfora del conocimiento y como el modo de aprensión del mundo que nacía.

Pero retomemos: hablábamos del conflicto y de sus dos formas, y decíamos que si en la tragedia antigua el conflicto es un conflicto objetivo entre dioses enfrentados, en la tragedia moderna el conflicto es un conflicto que opera en el interior del corazón atormentado de un sujeto. Pero lo cierto es que siempre la tragedia lidia, *labora*, con un conflicto, que tiene la característica —y repito esto porque ésta es la segunda cosa que me gustaría señalar— de ser un conflicto **irreductible, fatal**, que no puede resolverse y que por eso hace que la historia termine necesariamente mal. Después voy a preguntarme qué quiere decir que una historia termine “necesariamente mal”, y a tratar de mostrar que eso nos lleva a la pregunta “mal... ¿para quién?” Mal, ¿desde el punto de vista de quién? Pero para no entrar en esas cuestiones por ahora: *Hamlet* sin duda es una tragedia porque termina mal **desde el punto de vista de cualquiera de los personajes con los que no nos cuesta trabajo identificarnos a lo largo de cinco actos**. En *Hamlet* nos identificamos con Hamlet, con Claudio, con Gertrudis, con Ofelia... Todos ellos son un poco nosotros. No nos identificamos con Fortimbrás, que no ha hecho nada para que nos identifiquemos con él, que estuvo al margen de la escena los cinco actos y que llega al final como el nuevo rostro del poder político en Dinamarca.

Nota a pie de página, brevísima: me gustaría mencionar muy rápido dos versiones de *Hamlet*, por diversas razones notables, de las muchas que se han hecho entre nosotros. Una es la de Ricardo Bartís, que es sin duda extraordinaria, y que hace una cosa genial, que es no sacarlo nunca al padre de Hamlet de la escena, para dar la imagen de la omnipresencia del papá de Hamlet. Entonces el papá de Hamlet, muerto, está todo el tiempo sobre el escenario, todo el tiempo está boxeando con una bolsa de arena, todo el tiempo como un guerrero, como un luchador, todo el tiempo presente. En la otra versión que quería traer a cuento (qué pena: no recuerdo ahora al director), todo transcurría en una especie de jaulas, como si todos los personajes fueran hámsters encerrados, pero en una jaula para un



único personaje había una bicicleta fija, en la cual durante las 3 horas que duraba la pieza iba pedaleando Fortimbras. Así, si en la versión de Bartís el fantasma del pasado nunca terminaba de irse, en esta otra versión el futuro siempre estaba llegando. Fortimbrás, de quien se habla casi desde la primera línea de *Hamlet* (porque cuando los soldados se encuentran en la explanada del castillo hablan sobre su inminente llegada) es, de esta manera, como el comunismo de Marx: siempre está llegando, metiéndole miedo a algunos y esperanza a otros.

Pero entonces, decíamos: la tragedia sirve para pensar la política porque la política también lidia con el conflicto, que es la materia prima, la savia, la carne misma de la política. ¿Significa eso que la política es, por naturaleza y siempre, trágica? Que la tragedia sirva para pensar la política, ¿se debe a que la política tiene una —digamos— “naturaleza” trágica? Respondo: no. Por suerte para nosotros no. No: y la diferencia entre la política y la tragedia consiste exactamente en que la dignidad de la política, la tarea de la política, la faena de la política, es alejarnos todo el tiempo (siempre precariamente, siempre frágilmente, siempre contingentemente, nunca dejándonos respirar tranquilos suponiendo que la tarea está terminada) del precipicio del sinsentido trágico, en pugnar por situarnos todo el tiempo “un pasito más acá” de ese abismo que tematiza la tragedia. Es que en la tragedia, entonces, la sangre siempre, como dicen las tías, “llega al río”: en la tragedia el conflicto es irreductible y nos mata a todos. La tarea de la política, de los políticos y de la reflexión teórica sobre la política, es lograr que la sangre **no llegue** al río, que se detenga un poquito antes, que los hombres nos pongamos de acuerdo, que firmemos un pacto, que nos demos la mano.

Los finales de las tragedias de Shakespeare son siempre muy interesantes porque algo de esto, como les decía recién, comentando *Romeo y Julieta*, siempre se anuncia en esos finales, donde siempre aparece, para poner orden después del desorden de la guerra y de la muerte, el poder político estatal. En *Otelo*, el soldado que avisa que va a transmitir las noticias a Venecia. En *Romeo y Julieta*, el intendente de Verona, que les dice a Capuleto y a Montesco que se dejen de macanas y se den la mano. En *Hamlet*, Fortimbrás, que llega y dice “Sacad los cuerpos de aquí, que esto parece un campo de batalla”, y pregunta: “¿Quién puede contarme qué ha pasado acá?” Y vean qué interesante: Horacio, que había pasado cinco actos tomando notas de todo, y que es el único de los personajes centrales que no muere (porque, a pedido de Hamlet, queda vivo para contar lo que

pasó), levanta la mano y dice: “Yo puedo”. Yo puedo, y a vos os interesará lo que yo tengo para contar, porque lo que tengo para contar es que Hamlet, antes de morir, os dio a vos su *dying voice*, su voz moribunda, su voto póstumo. Hamlet dijo que vos debéis ser el rey, y soy el testigo que vivió para decirlo. Así que yo soy el intelectual que sirve al sostenimiento de tu poder, y vos sois la espada que debe proteger mi vida. Si esta alianza entre el poder de Fortimbrás y el “relato” de Horacio no se llama “hegemonía”, yo no sé qué es la hegemonía. Horacio es el intelectual orgánico del poder político moderno que representa Fortimbrás.

Entonces, al final, en las tragedias de Shakespeare, siempre aparece la posibilidad de un cierto optimismo, siempre aparece la posibilidad de sospechar que el futuro puede ser mejor. Que la vida es dura, pero que el futuro puede ser mejor. Llamamos “dialéctica”, si me permiten decirlo rápido, a este modo de pensar la relación entre los sufrimientos que se eslabonan en la vida y la posibilidad de imaginar que los mismos pueden ser puestos a la cuenta de una felicidad futura. La dialéctica es un gran invento de la filosofía del siglo XIX: es uno de los modos mayores de lidiar con el “y” de la consigna, típicamente decimonónica, del “orden y progreso”, pero sobre todo es uno de los modos mayores de lidiar con la tragedia de la vida de los hombres y de los pueblos sin dejar de volvernos esa vida, al mismo tiempo, soportable. ¿Qué es la dialéctica? Es una teoría de la historia sostenida sobre el principio del conflicto, de que todo orden está atravesado por un conflicto irreductible, pero también sobre la creencia de que es posible poner todas las pérdidas que ese conflicto necesariamente produce a lo largo de su desenvolvimiento a la cuenta de una redención futura de la humanidad. La tragedia es desesperante; la dialéctica reconforta.

Por eso, yo recomiendo, si uno se dispone a ir al teatro a ver alguna tragedia atroz, hacerlo en compañía de algún amigo dialéctico. Si uno ha sido invitado a ver, por ejemplo, *Romeo y Julieta*, es indispensable ir con un amigo dialéctico. Yo recomiendo que vayan con un dialéctico, porque si no *Romeo y Julieta* es tremenda. Tremenda: se mueren dos chicos: 15 años uno, 14 la otra. Y se mueren. Es una cosa espantosa. Se mueren y nadie sabe bien por qué. Y además se mueren porque el caballo que venía con el mensaje del curita piola que le avisaba a Romeo —para que no se asustara, pobre criatura— que Julieta no estaba muerta como parecía, no llega a tiempo. Eso (esa sensación de cosa accidental, fortuita, de mera falla en una estrategia que podría haber dado lugar al *happy end* de una comedia pícaro y reidera) vuelve todavía más tremenda la tragedia, por-

que los dos chicos se podrían haber salvado, y la tristeza que produce eso es infinita. Pero si uno va a ver *Romeo y Julieta* con un amigo dialéctico, seguro que el amigo dialéctico, cuando uno ya empezó a llorar y ya no escucha nada, no llora. Los dialécticos no lloran. Los dialécticos no lloran porque se quedan escuchando hasta el final, porque saben que las líneas que importan son siempre las últimas. Y en esas últimas líneas de Shakespeare aparece la posibilidad del optimismo, aparece la ventanita por la cual podemos poner todo el sufrimiento, todas las muertes, toda la destrucción, a la cuenta de un futuro mejor para la humanidad.

Es cierto: "Romeo y Julieta se murieron y esa muerte es para siempre y esa muerte no tiene redención, pero..." —dice el dialéctico. Y uno, que está llorando como un marrano tiene ganas de preguntarle al dialéctico: "¿Pero qué, tarado, pero qué?". **Pero...** —dirá entonces el dialéctico— "...la humanidad aprendió una lección". **La humanidad aprendió una lección.** Que es lo que dice Hegel leyendo *Antígona*. Que es un horror, por supuesto: Antígona se muere, a Creonte se le arruina la vida, se le muere media familia y habría preferido morir él mismo. **Pero...** "¿Pero qué, Hegel?" Y Hegel: pero la humanidad aprendió una lección; la humanidad no sale de *Antígona* como entró a *Antígona*. Sale sabiendo ahora algo más, y ese "saber más" la acerca a su redención futura, a su autoconocimiento final. Si podemos poner los sufrimientos que tematiza la tragedia a la cuenta de una redención futura del mundo, la tragedia se nos vuelve más tranquilizadora, se nos vuelve más aceptable, más tolerable.

Por eso, si uno va al teatro con un amigo dialéctico, el amigo dialéctico después nos explica que mientras nosotros llorábamos como unos chicos llegó el intendente de Verona, que es cierto que Romeo y Julieta se murieron, pero... ¿Pero qué, dialéctico? Pero que gracias a esa muerte, sin duda tremenda, futuros Romeos y Julietas podrán amarse sin pasar las de Caín como esos dos chicos que sin saberlo ofrendaron su vida a ese Futuro. El dialéctico tiene un modo de soportar la tragedia de las pérdidas que sufrimos en la vida que el trágico no tiene. Por eso, en general tratamos de que el dialéctico nos convenza, pero desgraciadamente el pobre nunca logra convencernos del todo: porque después de que nos explicó que las muertes de Julieta y de Romeo pueden ser puestas en el altar de la felicidad futura de los amantes que después de ellos no deberán pasar por lo que ellos pasaron, e incluso después de haber logrado que esa explicación nos resulte razonablemente buena, el dialéctico no puede conseguir que se aleje para siempre de nuestro espíritu turbado la pregunta que, des-

pués de esa respuesta, no deja de volver: de acuerdo, nos decimos, pero... ¿Pero qué, trágico, nos pregunta el dialéctico? Pero... ¿Quién le devuelve la vida a Julieta? ¿Quién le devuelve la vida a Ofelia? ¿O a Desdémona?

Quiero decir: que si uno decide pensar la tragedia desde el punto de vista (digamos: "universal") de la realización futura de la humanidad, la tragedia puede ser pensada como un momento de la historia, y tolerada. Pero si uno decide pensar esa tragedia desde el punto de vista (digamos: particular-presente) de la pérdida insanable, irreductible, de las vidas sacrificadas en ese camino que es la historia, la tragedia es desconsoladora. Así, la tensión entre dialéctica y tragedia (que es sin duda un gran tema de la filosofía) es, si me permiten decirlo de un modo rápido, un poco tonto, una cuestión de **puntos de vista**. De la decisión acerca de si debemos adoptar el punto de vista del universal en realización y pensar en las pérdidas y el dolor de la historia como aquello que esa historia carga consigo en su camino ascendente, o afirmarnos en el punto de vista irreductiblemente particular de las víctimas y decir que no hay ningún futuro que pueda redimirlas, porque las víctimas son víctimas y desde su punto de vista: ¿Qué es lo que dice Hamlet con el "*the rest is silence*" del final? Para mí, que me muero en este momento —después vendrán otros, vendrá Fortimbras, se escribirá sobre mí, y dentro de cinco siglos, en un remoto país llamado Argentina, se darán clases sobre esta frase mía, pero **para mí, para mí que me muero con estas palabras en la boca**—, el resto es silencio, definitivo, final. Para mí, que me muero, el final de *Hamlet* es una tragedia sin consuelo.

Y nosotros no queremos que la política sea una tragedia sin consuelo. La política, decíamos, tiene que permitirnos quedar siempre "un pasito más acá" de ese abismo del sinsentido trágico. **Por suerte** tenemos política, y **por suerte** la política no es trágica, porque si lo fuera estaríamos en problemas, estaríamos ante ese escenario de la "guerra de todos contra todos" que pensó ese gran pensador de los años inaugurales del pensamiento político moderno que ya mencionamos varias veces y que fue Thomas Hobbes. Pensador trágico quizás a pesar suyo, Hobbes comprendió que tanto la razón como las pasiones nos conducen inexorablemente a la destrucción mutua, comprendió que contra esa destrucción mutua era necesario construir una especie de consenso a partir de la figura de un "contrato", pero comprendió también (sin esta comprensión, la metáfora del contrato es sumamente ingenua o pobre) que ningún contrato alcanza. Que sin contrato no hay orden y, por lo tanto, no hay tampoco

vida, pero que todo contrato se sostiene sobre los pies de barro de la pura capacidad del poder para hacerse obedecer. No sería exagerado decir que esta triple comprensión funda la mejor tradición de la filosofía política moderna.

Porque la gran filosofía política moderna, en efecto, es la filosofía política que, como la antigua, cree en el orden, cree que el orden es mejor que la anarquía y apuesta por el orden en la vida de los hombres y los pueblos, pero que, a diferencia de la antigua, sabe que ese orden es necesariamente contingente, que todo orden está sostenido sobre acuerdos inestables y precarios, y que por eso lo único que podemos tener, lo único que podemos construir, a través de una combinación de coacción y de consenso, de fuerza (Fortim-brás) y de palabras (Horacio: "yo puedo contaros..."), es lo que el viejo Gramsci llamó, tomando la palabra de Lenin y antes todavía de una larga tradición, y preparando por su parte los diversos y variados usos que la misma iría a tener en las décadas siguientes, **hegemonía**. El trabajo de la hegemonía es el trabajo de construir —siempre precariamente, siempre frágilmente— modos de permanecer un pasito más acá del abismo del sinsentido trágico.

Por eso uso a propósito la expresión "trabajo de la hegemonía", para análogo ese "trabajo" a **otro** "trabajo": el del **duelo**, del que habla el psicoanálisis, que igual que el de la hegemonía es un trabajo **al mismo tiempo** imposible y necesario. Les recomiendo mucho un libro de un psicoanalista francés llamado Jean Allouch, que escribió —entre otras muchas cosas: es muy prolífico— *Erótica del duelo en tiempos de la muerte seca*. Es un libro precioso, fuertemente centrado en una discusión sobre *Hamlet*, cuya tesis central parte de una crítica de "Duelo y melancolía", de Freud. Por cierto, también recomiendo, como **otra** muy aguda crítica a ese texto de Freud (a la idea de **melancolía** en ese texto de Freud), el hermoso libro de un ensayista argentino llamado Federico Galende, que escribió un libro llamado *La oreja de los nombres*, libro precioso contra la idea negativa, patologizante (lo digo rápido, simplificando) que tenía Freud sobre la melancolía, y oponiéndole otra, que Galende considera más sutil y productiva, y que es la que se deriva de los escritos de Walter Benjamín.

Pero Allouch no discute de Freud la idea de **melancolía**, sino la idea de **duelo**. Que Allouch encuentra demasiado ingenua, optimista, progresista: decimonónica. Es como si Freud creyera, hijo al fin de su siglo —dice Allouch—, que si uno trabaja, trabaja, trabaja y trabaja, al final lo logra.

Y Allouch dice: miren, no. Tengo una mala noticia. Uno trabaja, trabaja y trabaja, y al final **no** lo logra. **Tiene** que trabajar, pero ese trabajo, **necesario**, es también **imposible** y al final siempre fallido. Si uno ha perdido a alguien querido, a alguien o algo en lo que le va algo de su propio ser, en cuya pérdida se pierde algo de él mismo, entonces no hay posibilidad de triunfo en el “trabajo” de ese duelo. Eso no vuelve a ese trabajo menos necesario: hay que hacer ese trabajo, pero es necesario saber que debemos soportar vivir con el corazón —como decía una telecomedia de la tarde— “hecho agujeritos”. Vivir es ir por la vida con el corazón hecho agujeritos, y el trabajo del duelo consiste en ir poniéndole a los agujeritos del corazón curitas que son siempre insuficientes, siempre precarias, que nos permiten ir tirando, pero que se abren todo el tiempo y en cualquier momento y sin avisar.

Pues bien: con la hegemonía pasa lo mismo. El trabajo de la hegemonía es el de ir poniéndole curitas a los agujeritos de la vida colectiva, forjando alianzas que no son nunca para siempre, haciendo concesiones que no siempre resultan, fraguando identidades que después se destrozan, dejando siempre disconforme a alguien que, por eso mismo, puede después proponerse construir una “contra-hegemonía”... Cuando uno empieza a leer a Gramsci encuentra un lenguaje macizo, contundente: “cemento social”, “bloque histórico”... ¡Parece un intelectual orgánico de la UOCRA! Pero después, cuando uno sigue leyendo, descubre que el “cemento social” no pega bien, que el “bloque histórico” hace agua por todos lados, que siempre alguna posibilidad de reversión del orden está acechando a la vuelta de la esquina. Como en Hobbes, al que Gramsci se parece mucho: Gramsci es un Hobbes historicista, un Hobbes pasado por Hegel y por Marx. Hobbes subraya todo el tiempo la idea del orden. Ahora: nadie subraya tanto la idea del orden si no es porque sabe perfectamente que ese orden es frágil. Nadie tiene que andar usando metáforas bíblicas de monstruos espantosos si no es porque sabe que el orden que esas metáforas sirven para nombrar es enteramente frágil, que se sostiene sobre la casi-nada de la pura obediencia. En Hobbes, como en Gramsci, el orden es precario, el orden está hecho de curitas puestas sobre los agujeritos de la vida colectiva, como el trabajo del duelo son las curitas, siempre mal puestas, sobre las heridas abiertas en nuestra subjetividad. Uno y otro trabajo, el de la hegemonía y el duelo, nos permiten entonces ir tirando. Y es en eso en lo que consiste la vida: en ir tirando, en ir yendo para delante de tal modo que siempre estamos ante el riesgo de recaer en la situación trágica del abismo del sinsentido.

Dije muchas veces esto del “abismo del sinsentido”, de vivir al borde del abismo del sinsentido trágico, porque tengo una escena en la cabeza, que es la escena primera del acto quinto de *Hamlet*. La escena del cementerio, que tiene una primera parte, que es el diálogo, genial, entre los sepultureros: un gran paso de comedia en el corazón de la mayor tragedia de Shakespeare (Shakespeare siempre hacía eso, mezclaba la comedia y la tragedia todo el tiempo), y tiene después un segundo momento, que es el del entierro de Ofelia, en medio del cual Hamlet y Laertes se agarran a las piñas al borde de la tumba de la chica, al borde de la tumba donde Ofelia está enterrada, donde está la muerte, donde está el sinsentido, donde está la tragedia. En el borde de la tumba forcejean Hamlet y Laertes, tratando de derrotar al otro, tratando al mismo tiempo de no caer. Jacques Lacan, que escribió un gran seminario sobre *Hamlet*, se equivoca al decir que la pelea Hamlet y Laertes se desarrolla adentro de la tumba. Eso es absurdo, no tiene ningún sentido dramático, y además exige haber leído mal el propio texto, que deja perfectamente claro que, después de que Hamlet se manda una parrafada, es Laertes, que estaba dentro de la tumba, quien sale de ahí y lo agarra a las trompadas. **Arriba de la tumba y al borde de la tumba.**

Bueno: esa figura —digo— es poderosísima, es una genialidad: dos hombres forcejeando tratando de no caer en el borde mismo de la tumba. Eso es la vida, es la vida de los hombres, es la vida de los pueblos. Forcejear todo el tiempo tratando de no caer en la tragedia, perseverando siempre en quedar un pasito más acá del abismo de la tragedia. Lo que nos deja a las puertas de una segunda razón por la cual me parece (ya dije cuál es la primera: que la tragedia lidia con la materia misma de la política, que es el conflicto) que la tragedia ofrece instrumentos conceptuales útiles para pensar el mundo de la política, y que es que la tragedia constituye una reflexión sobre algo que cualquier teoría sobre la política tiene que tener en cuenta, que es el carácter frágil y precario de nuestras vidas individuales y colectivas. Quiero mencionarles dos libros notables y sugerirles que los lean. Uno es un libro de Martha Nussbaum que se llama *La fragilidad del bien*. Es un libro sobre la tragedia y la filosofía griegas, es una gran lectura de la tragedia y la filosofía griegas entendidas como partes de un mismo esfuerzo espiritual destinado a pensar la vida en lo que tiene de insanablemente frágil, y a hacer de esa fragilidad no algo que nuestras vidas debieran lamentar, sino la causa misma de su excelencia y de su belleza.

El otro libro que les recomiendo mucho es uno de Judith Butler que se llama *Vida precaria*, y que me parece a mí un ejercicio tan lúcido como corajudo. Se trata de un libro escrito poco después de la caída de las torres gemelas en Nueva York, y plantea una reflexión muy importante sobre la circunstancia de que nuestras vidas penden siempre de un hilo, están siempre expuestas a las contingencias y al acaso. Butler dice: nosotros, los norteamericanos, habíamos naturalizado una especie de división internacional del riesgo, en virtud de la cual nuestras vidas **no eran** precarias, porque precarias eran las vidas de los iraquíes, de los afganos, de los asiáticos, de los africanos... Esas vidas podían extinguirse en cualquier momento por las razones que fueran: el sida, el hambre, los terremotos, las bombas que nosotros mismos les tirábamos... Pero las nuestras no: nuestras vidas no eran precarias. Hasta que un día se nos cayeron encima dos edificios, y descubrimos que nosotros también nos podíamos morir en cualquier momento, y no pudiendo soportarlo —dice Butler: es un libro muy corajudo escrito en un país tremendo y en un momento tremendo de ese país tremendo—, nos perdimos la oportunidad de una gran lección que nos habría humanizado. No soportamos la constatación de que nuestras vidas también eran precarias y entonces decidimos salir a poner al mundo en orden. Salimos a tirar tiros por ahí y a matar afganos e iraquíes hasta equilibrar las cuentas, porque se había cometido con nosotros un error, y ese error debía ser reparado. Así, nos perdimos, dice Butler, la interesante posibilidad de entender una gran lección, que era la de que entre todos los hombres, y justo en virtud de nuestra común precariedad, existe algo así como un “tenue nosotros humano” (aquí Butler cita a Lévinas) que nos une y nos permite reconocernos como iguales **en** nuestra fragilidad.

Les había mencionado al pasar, hace un rato, la polémica traducción de Sartre de *Las Troyanas* de Eurípides. Vuelvo ahora sobre ella, pero no para retomar aquella discusión, sino sólo para citar las tres o cuatro últimas líneas de la pieza, que Sartre (haciendo **otra** “trampita” más en su traducción) le regala a Poseidón. Habla Poseidón, entonces, en el final de la versión de Sartre, y hace un discurso extraordinario sobre la necedad de los hombres y la justicia de los dioses. Y termina diciendo más o menos esto: “Estúpidos mortales” —dice—. “Podéis hacerlos la guerra, podéis destruir vuestras ciudades, podéis violar vuestras mujeres, podéis matar a vuestros niños. Al final, reventaréis. Todos”. Para mí hay en estas líneas una doble lección sobre la naturaleza misma de la tragedia. Primero: la comprensión de que, desde el punto de vista de los dioses, la diferencia entre griegos



y troyanos, buenos y malos, amos y esclavos, es una nimiedad. El “todos” de “reventaréis todos” anuncia la perfecta indistinción entre los hombres. Segundo: la comprensión de que, además de indistintos, los hombres son, frente a los dioses, **absolutamente impotentes**. Radicalmente impotentes; que están sometidos a sus arbitrios, que es otro modo de decir a las fuerzas de lo que no pueden prever, entender ni reparar. De que sus vidas son, como dicen Nussbaum y Butler, **frágiles, precarias**.

Entonces: si hubiera que decir rápido qué es la tragedia, yo diría que la tragedia es el relato de un conflicto que revela el triunfo de los dioses sobre los hombres. Y si dicho así resultara muy teológico, o muy antiguo, lo retocaría apenas diciendo que la tragedia es el relato de un conflicto que revela el triunfo de los muertos sobre los vivos, o de los padres sobre los hijos, o de los viejos sobre los jóvenes. Hay tragedia, en efecto, cuando los muertos se imponen a los vivos. Es el tema de *El 18 Brumario* de Marx, que ya citamos, y el de *Romeo y Julieta* o el de *Hamlet*, de los que también ya hablamos. En una y en la otra, jóvenes atravesados por conflictos que no son suyos sino de sus padres, o de los padres de sus padres, pierden la vida sin remedio **debido al poder simbólico o del tipo que sea que sus mayores, sus padres, sus viejos, sus muertos, sus dioses, ejercen sobre ellos**. Ya dijimos todo esto, y ya dijimos que, por el modo en que la política se tutea con la tragedia y limita con su imperio, es necesario que un pensamiento teórico sobre la política aproveche los instrumentos conceptuales que provee la exploración del mundo de lo trágico.

Pero también dijimos que la política, que limita con la tragedia y tiene mucho que aprender de ella, no puede **asimilarse** a la tragedia, sino que debe obstinarse en mantenerse “un pasito más acá”. Lo que ahora querría sugerir es que entender esa posibilidad de la política de mantenerse “más acá” del abismo trágico con el que limita exige echar un vistazo a **otro** género teatral, que también inventaron los antiguos griegos, y que es igualmente importante para pensar el mundo de la política, que es el género de la comedia. Que es el género que permite pensar lo que ocurre cuando los hombres logran hacerle pito catalán a los dioses (a los dioses: a la fortuna, a la contingencia, al acaso, a lo que no comprenden ni pueden manejar) y salirse con la suya. Cuando los vivos logran imponerse sobre los muertos, los hijos sobre los padres, los jóvenes sobre los viejos. Las mujeres sobre los varones, como me dice siempre que llego a este punto de la argumentación una talentosa amiga feminista. La vida sobre la muerte, estoy tentado a decir, prolongando la línea de puntos.

Cuando la astucia de la joven Porcia, por ejemplo (que es todo lo que dije: hija, joven, mujer, y por cierto que puro deseo y ganas de vivir), logra imponer su maña y su talento para salirse con la suya frente a toda la generación de los mayores con los que disputa a lo largo del desarrollo de *El mercader de Venecia*, sin dejar por supuesto de contar con la suerte de su lado (como ocurre siempre en las comedias) en su enfrentamiento con la rigidez del mandato de su padre muerto sobre el modo en que debía conseguir marido. No dejen de leer, por favor, *El Mercader de Venecia*, pieza fundamental en la que no tenemos tiempo ya para ingresar acá. Pero léanla: es muy importante para ustedes y ha sido muy (y muy inteligentemente) leída en el campo del Derecho, de la teoría y la filosofía del Derecho. Pero además es también, como *Hamlet*, una pieza en muchos sentidos anticipatoria. En efecto, si habíamos visto cómo era posible encontrar en *Hamlet* anticipaciones muy evidentes de la filosofía de Hobbes, uno puede encontrar en *El Mercader de Venecia* anticipaciones aún más sorprendentes (entre muchas otras cosas, por supuesto, pero para señalar sólo una que a nosotros nos importa mucho) de la filosofía política, todavía posterior, ... de John Locke!

Tenemos que terminar, y no puedo detenerme en esto. Pero les recomiendo un libro interesantísimo de un profesor canadiense, Edward Andrew, que se llama *Shy-Lock's Rights* (*Los derechos de Shy-Locke*: una especie de juego de palabra con el nombre del prestamista judío de Shakespeare y el apellido del filósofo inglés), donde pueden encontrarse interesantes observaciones sobre el modo en que el personaje shakespeareano anticipa consideraciones interesantísimas que Locke hará tres cuartos de siglo más tarde tanto sobre lo que el viejo C. B. Macpherson llamó en su momento el "individualismo posesivo" de la burguesía en ascenso como sobre el problema (fundamental para Locke) de la tolerancia religiosa. Pero para no distraernos e ir llegando ya al final: lo que quería decir aquí es que el personaje de Porcia, en *El Mercader de Venecia*, es muy parecido al personaje de Hamlet: ambos son jóvenes cuyas vidas están organizadas por sus padres muertos. La de Hamlet porque el padre le dice qué tiene que hacer: matar a Claudio; la de Porcia porque el padre le dice cómo tiene que conseguir marido: apelando a un azar que eventualmente puede alejarla del hombre de quien la chica descubre que se ha enamorado.

La diferencia (y la razón por la que *Hamlet* es una tragedia y *El mercader de Venecia* es una comedia) es que mientras Hamlet sucumbe al mandato de su padre (mandato **imposible de cumplir**, porque es un mandato do-

ble: matar a Claudio y **no herir a Gertrudis**, y Hamlet descubre —esto sí que Lacan lo vio muy bien— que es imposible hacer lo primero sin hacer lo segundo), Porcia, en cambio, con la ayuda de la suerte, logra conquistar el corazón del muchacho al que ama, logra hacer triunfar su deseo (*will*, en el sentido de deseo sexual, caliente y vivo) por sobre el último deseo (*will*, también, pero en el sentido de “último deseo”, escrito y frío) de su padre muerto. Por eso, repito, *El mercader...*, es una comedia. Porque hay comedia cuando los jóvenes se imponen sobre los viejos, cuando los hijos se imponen sobre los padres, cuando los vivos se imponen sobre los muertos, cuando los hombres se imponen sobre los dioses.

Por supuesto, es necesario advertir que **del mismo modo** en que cuando toda la política se precipita en la situación “trágica” de una absoluta derrota de los hombres por las fuerzas (que acá hemos llamado “dioses”) que esos hombres no pueden controlar, entonces **no hay política**, porque la política empieza cuando los hombres encuentran algún resquicio para su libertad en medio de las determinaciones que le vienen impuestas por las circunstancias o por el pasado, así también si toda la política pudiera reducirse a estas situaciones “cómicamente” en las que los hombres logran derrumbar todos los obstáculos que se imponen a su voluntad **tampoco habría política**, porque sólo hay política en la lucha, llena de tensiones, entre esas determinaciones y esa libertad. Por eso podemos tratar de terminar diciendo que para pensar la política es necesario pensar siempre en **ambos** géneros (el de la tragedia y el de la comedia) y también, y acaso sobre todo, en las muchas formas de sus **mezclas**, y por eso Shakespeare (que era un maestro de esas mezclas, de esas impurezas) es un autor fundamental para nosotros.

Porque Shakespeare es el gran inventor de una cosa que Hegel, leyendo toda la historia de la tragedia y de la comedia de Occidente, llamaría más tarde “drama”, que es la mezcla, la articulación entre tragedia y comedia. Una articulación que a veces nos lleva al punto de la imposibilidad de decidir exactamente frente a qué tipo de pieza estamos. Eso no nos pasa en *Hamlet*, ciertamente, porque como ya dije en *Hamlet* “pierden” todos los personajes con los que uno tiene una fácil tendencia a identificarse. Gana Fortimbrás, es cierto, pero uno no se identifica con Fortimbrás. Ni tampoco pasa en comedias tan inequívocas como —digamos— *Sueño de una noche de verano*, o *Mucho ruido y pocas nueces*, donde uno se identifica fácilmente con los jóvenes enamorados que son los que al final de ambos enredos terminan “ganando”, y donde a nadie se le ocurriría en cambio

adoptar la posición o el punto de vista de los padres antipáticos que no dejan que se casen sus hijos enamorados, o del hermano del príncipe que, en *Mucho ruido...*, intenta desbaratar toda la historia y hasta dar una especie de golpe de estado, y que termina preso.

Ahora, *El Mercader...* ha sido definida en más de una ocasión como “una comedia que hace llorar”, y eso nos plantea un grave problema: ¿Estamos ante una comedia o estamos ante una tragedia? Claramente —a menos que seamos muy mala gente— tendemos a identificarnos mucho más con el viejo mercader homosexual y con el viejo prestamista judío (ambos viejos, derrotados y humillados) que con los jóvenes cristianos, heterosexuales, hermosos, listos y llenos de dinero que les han robado a sus padres. Pero sin embargo Shakespeare concibe *El Mercader de Venecia* como una comedia, y para que funcione como la comedia que él quiere que sea debe lograr que nosotros (o los espectadores de su época, que ciertamente eran diferentes a nosotros) asumamos el “punto de vista de los jóvenes” que triunfan y que a mí me caen tan antipáticos. Necesita eso y sin duda trabaja para eso, pero en medio de ese trabajo se detiene para escribir ese monólogo extraordinario del judío: “Si nos pincháis, acaso no sangramos...”, que es conmovedor. Y entonces: ¿qué pasa con esta pieza? ¿Qué rara comedia es ésta en la que Shakespeare deja como dichas todas las claves para que quizá muchos siglos después alguien pueda entender que estamos allí ante una secreta pero poderosísima tragedia? ¿Y para que pueda representarse *El Mercader de Venecia* —como de hecho hoy tiende a representársela— mucho más como una tragedia que como una comedia?

No es el caso resolver aquí esta pregunta, que es la última de esta exposición, y que no tiene otro sentido que el de subrayar el interés que tiene esta cuestión de la posible indefinición, indeterminación incluso, entre tragedia y comedia en esta específica pieza shakespeareana. Porque esa indeterminación, estoy sugiriendo, es como una especie de forma extrema del tipo de recurso a la “mezcla” de tragedia y comedia que constituye el “drama” —decía— shakespeareano, y que nos permite —decía también, y con esto cierro— pensar la política. Por eso, quizá simplificando un poco las cosas, me gusta decir que la política tiene la ontología de la tragedia pero la materialidad del drama. Es decir que la tragedia es un instrumento conceptual útil para pensar la política en la medida en que nos ayuda a pensar su límite, su frontera, su borde. Que nos avisa qué hay más allá, y por qué tenemos que hacer todos los esfuerzos para perseverar en nuestro ser más acá. Pero la “verdad efectiva” (si me permiten terminar estas palabras con esta fa-

mosa expresión de Maquiavelo), la verdad efectiva de la política, la **materialidad**, digamos, de la política, no es ni podría ser trágica. Es dramática: mezcla de tragedia y comedia, de fortuna y de *virtù*, de los dardos que nos arroja el destino y de nuestra disposición, y capacidad, para hacerles frente.

### Palabras del Dr. Filippi

Las agudas reflexiones del colega Rinesi, vistas desde nuestra perspectiva de la construcción histórica de los derechos, nos permiten entender a *Hamlet* y a muchos de los personajes emblemáticos de Shakespeare desde esa crucial relación tragedia/derechos en la concreta experiencia que se inició siglos atrás y cuya fecha emblemática puede ser considerada el 15 de junio de 1215, cuando John "Lackland", el rey Juan "sin tierra", se ve constreñido a limitar sus poderes dinásticos que se habían fundado y desarrollado durante la invasión y la dominación de los Normandos en las islas británicas. Me refiero a la luego célebre *Magna Charta Libertatum*, en la cual el rey se comprometía (con los barones grandes y pequeños propietarios feudales) a reconocer que "todos los hombres de nuestro reino tengan y guarden (...) todas estas libertades, derechos y concesiones legítima y pacíficamente en su totalidad e integridad...".

De allí en adelante, las luchas entre el pasado y el presente/futuro de los derechos modernos van a conocer un acontecimiento histórico de gran relevancia que culmina con la decapitación, el 30 de enero de 1649, del Rey Carlos I, representación pública (teatralmente espectacular y trágica si se quiere) de la interrupción dinástica del poder y de transmisión de sus prerrogativas "absolutas", tal y como las había perfeccionado en su largo y formidable reinado Elizabeth, la gran "reina virgen" (y "casada" con Inglaterra) contemporánea de Shakespeare, que muere en 1603 a los pocos meses de haberse escrito *Hamlet*.

Digamos, en nuestros términos, que buena parte de la obra del genial dramaturgo (que había nacido en 1564) acompaña las complejas vicisitudes de toda la época isabelina y la construcción de la "hegemonía política y jurídica" de la dinastía de los Tudor (que se había iniciado en 1485), con la caída del tan estigmatizado y denostado por Shakespeare, Ricardo III.

Como saben, en la coyuntura de esos años, Inglaterra se había vuelto un formidable laboratorio político en las transformaciones del *Ius Commune Europeum* en *Common Law* de las islas británicas, entendido como un conjunto de principios jurídicos elaborados por una jurisprudencia (por

jurisconsultos) que pensaban desde situaciones jurídicas concretas (en este caso de Inglaterra, Irlanda y Gales).

Momento histórico representado por el reinado del padre de Isabel I, Enrique VIII (desde 1509 hasta 1547), artífice de la histórica ruptura jurídico-política con la Santa Sede de la religión católica de Roma, y el establecimiento —de allí en adelante— de la Iglesia anglicana, con la promulgación de la “Ley de Supremacía” (de 1534), según la cual “el Rey es la única cabeza suprema en este mundo de la Iglesia de Inglaterra”.

La ruptura con Roma tuvo grandes consecuencias para la historia inglesa y **no solo** por las implicaciones religiosas del asunto. La confiscación de los bienes de la Iglesia Católica y de los monasterios (por parte de Enrique VIII), fue una de las concausas del formarse de nuevos actores en las tierras rurales inglesas —los *Yeomanry* y la *Gentry*—, grupos de campesinos protagonistas de la nueva pequeña y mediana propiedad en alianza con los comerciantes en contra de la alta nobleza feudal.

Por ello, toda la extensa obra de Shakespeare encuentra en los conflictos, en la polémica y la diatriba, en las propias guerras de religión de aquellos años, uno de los ejes del gran choque, del conflicto de intereses y poderes entre el pasado y el futuro, que marca un “pasaje entre épocas” hacia la concepción burguesa del Estado, como bien nos ha comentado Rinesi.

Me refiero a la transición entre la Europa medieval y la moderna, a esa Europa del *Ius Commune* tal y como se había configurado y sancionado por los siglos futuros en la Navidad del año 800, cuando Carlo Magno en la basílica de San Juan en Latrán en Roma había sido “ungido” por el papa León III, como emperador del Sacro Romano Imperio, imponiendo a nivel europeo la conjunción jurídico-política de *Ecclesiam et Imperium*, de la Cruz y la Espada, de la *Auctoritas Ecclesiastica* y la *Potestas Temporis*, típicos de la Europa medieval que será superada, dando origen a la Europa moderna precisamente en los años de Machiavelli, de *Hamlet*, de Locke.

El reforzamiento de esta tradición del poder imperial de los reyes (directamente descendiente de los privilegios sistematizados por los juristas —*la iuris prudentia*— cuyos orígenes los encontramos en la época de los emperadores romanos), alcanza uno de sus momentos culturales dominantes durante el reinado de Federico Barbaroja (1152-1190), cuando los juristas de la escuela de los glosadores de Bologna (Irnerio y sus discípulos), actualizan y sistematizan en el *Digesto* o *codex secundus*, es decir, el

*Corpus Iuris* del derecho romano (que Justiniano había promulgado en el año 529) con el propósito de extenderlo y aplicarlo a **toda** la Europa de esa época, entonces controlada/gobernada por Federico, emperador del Sacro Imperio Romano Germánico.

Desde finales del siglo XI se había manifestado en varias ciudades de Italia una suerte de renacimiento en los estudios del derecho romano, que se había eclipsado por la creciente hegemonía del derecho germánico, las *Iura Propria* (los "derechos propios) de la tradición consuetudinaria en aquellos tiempos del Sacro Imperio.

Fueron estos cultísimos y laboriosos glosadores los que se encargaron de la re-valoración del derecho romano como *Ius Commune*, elaborando comentarios y glosas sobre los textos del *Digesto* y de las *Novelas* de Justiniano y las *Instituciones* de Gaio.

Esta preciosa obra de los glosadores se difundió y encuentra seguidores no sólo en Italia, sino también el sur de Francia y en España.

Además, para hacer conocer los comentarios y las glosas a los "operadores juristas" que no dominaban bien el latín, un glosador anónimo redactó a mediados del siglo XII en Arlés, una suma de textos en lengua provenzal llamada *Lo Codi*, que se tradujo del provenzal y a varios idiomas, entre ellos al castellano, ampliando así el conocimiento del derecho común entre los juristas teóricos y prácticos de tantas ciudades de Europa.

Años después, y en un contexto más general, la reforma protestante, el surgimiento de la Iglesia Anglicana, la Contrarreforma del Concilio de Trento (1545-1563), son todas etapas y acontecimientos determinantes bien presentes en la relación real y literaria entre reyes y religiones vivida en Europa y en la Inglaterra de los tiempos tan dramáticos del autor de *Hamlet*, etapas que de alguna manera terminan con la paz de Ausburgo en la cual se establece el principio general de derecho público *Cuius Regio, Cuius Religio*, es decir, cada rey podía fijar en su Estado la religión que fuera necesaria para su mejor gobierno.

En los paradigmáticos personajes de las tragedias y las comedias de Shakespeare, ese genial intérprete de su presente histórico, asistimos en el fragor de las luchas y las muertes que incumben, en las escenas de sus obras, a la gestación cultural y social de los derechos que podrán/deberán superar esa milenaria herencia de dogmatismos, anatemas y cismas para al fin llegar a concebir y a aplicar la tolerancia religiosa, vinculada al reco-

nocimiento de la intimidad inviolable, de la soberanía espiritual de nuestra conciencia y de nuestra libertad.

Algunos hasta se han preguntado: Shakesperare, desde el punto de vista de su religiosidad, ¿fue anglicano, católico o ateo? Sabemos que la cultura francesa muy especialmente ha exaltado el espíritu racionalista y moderno del agnosticismo tolerante del gran dramaturgo: pienso en Voltaire y en Renan, pero también en Taine, Gide, Saint-Beuve y en el aquí recordado Albert Camus.

Con la peculiaridad —tan shakesperiana— del uso contracorriente, hasta subversivo, del lenguaje familiar del pueblo. En su hablar cotidiano de los tantos grupos sociales emergentes (que rompían los cánones del viejo inglés medieval) con sus idiotismos y tremenduras, que juega con inagotable fantasía con los modismos sabrosos de la lengua hablada.

Por todo ello la tolerancia circula en tantas de las obras de Shakespeare y, pocos años después, va a encontrar su formulación mayor en la filosofía de Locke, especialmente en el controvertido *Ensayo sobre la tolerancia*, de 1667 (y luego en la carta homónima de 1689), en las cuales, por otra paradoja de su filosofía (todavía) no liberal, si bien teorizaba la necesidad de separar institucionalmente Iglesia y Estado, Locke excluía, del auspiciado “deber de la tolerancia” religiosa, a los “papistas” (seguidores de la Iglesia de la Santa Sede) y a los ateos, “aquellos que niegan la existencia de Dios”, porque, al no ser, religiosos “al apartarse de Dios, no pueden tener pretexto religioso alguno para pretender el privilegio de la tolerancia”.

Pero, volviendo a los conflictos por la hegemonía jurídico-política de los nuevos grupos económicos y sociales en tiempos de Shakespeare, entre el pasado del poder aristocrático-real, y el emergente poder burgués-representativo, entre Rey y Parlamento, que preceden en casi dos siglos a lo que pensarán y decidirán los constituyentes de Filadelfia de 1787 y de Versalles de 1789, me voy a referir a dos insignes juristas que ya hemos visto en las clases pasadas preparando este encuentro con el profesor Rinesi. Estoy hablando de Thomas Smith (1513-1577) y de Edward Coke (1552-1634), a mi modo de ver los dos mayores juristas de los tiempos que preceden y siguen la época del dramaturgo inglés y, si me permiten decirlo, la otra cara (jurídico-política) de sus personajes. Los que elaboraron el *Common Law*, que marca de manera creadora y dominante la hegemonía jurídico-política de esos años cruciales.



El primero, Smith, como Shakespeare (y muchos de sus personajes), buen conocedor de Europa, viajero desde el año 1540 a París, Orléans y a la República de Venecia (en cuya Universidad de Padova se doctoró) y luego, en París, primero al lado del embajador inglés y luego, en 1572 siendo él mismo el representante personal de la reina Isabel frente al rey de Francia.

¿Cuáles eran los desafíos teórico-jurídicos que tuvieron que enfrentar esos juristas innovadores de los (nuevos) derechos políticos, del derecho público? ¿Qué tipo de elaboraciones eran necesarias para afirmar la justicia para los grupos sociales emergentes y representados en los parlamentos?

Como hemos visto, de la tradición romana, el momento de mayor y más amplia producción de los derechos y de la justicia para la *plebs* fueron los años de la época de la República, y de manera ejemplar, después de las revoluciones de la plebe comprendidas entre los años 471 a.C. y el año 287 a.C., en el cual se promulga la *lex Hortensia* que obliga —como solución a los violentos conflictos entre patricios y plebeyos— a que las *plebiscita* (las decisiones tomadas por la *plebs*) sean vinculantes para todo el *populus*, dando inicio a la práctica de las instituciones de la **Constitución mixta**.

El conocimiento del pensamiento filosófico-jurídico que reaparece desde los siglos XII y XIII en varias ciudades de Europa hasta el *Rinascimento* italiano de la **Constitución mixta** que fuera propio de la edad republicana de Roma, hecha famosa y teorizada por Polibio y Cicerón, se precisa ahora en Londres, en aquel presente histórico del siglo XVII y desde la perspectiva del *Common Law*, como un *Checks and balance* de los poderes entre el rey y el Parlamento, donde se afirma —como había ocurrido en la República de Venecia— la moderna separación política de los poderes y la relativa y consecuente producción/reconocimiento institucional de los derechos: el rey ejecuta lo que en el Parlamento deliberaron los Lords y los Comunes, “los pre-burgueses” o los “no-aristocráticos”.

Pero, veamos brevemente: ¿cómo fue heredada en Europa esa experiencia romana?

En efecto, la tradición republicana en los textos de Cicerón sobrevive y se cruza y mezcla durante los largos siglos de la dominación imperial, dando origen a la cultura jurídica del *Corpus Iuris Justiniano* y la encontramos por ejemplo, en el pensamiento político de algunos autores (del centro y

del norte) de Italia como Matteo de Libri, Giovanni da Viterbo, Albertino Mussato, que sostienen la necesidad del *bonum commune*, la ciceroniana *concordia ordinum*, en contra de los dictadores; período muy bien estudiado por el historiador de las teorías políticas Quentin Skinner.

El caso, para mí, más simpático (siendo, como saben, mis ancestros de Venecia) es el de la *Repubblica Veneta* (la *Venetorum Respublica*) cuyas instituciones, que en el libro homónimo de Pier Paolo Vergerio (1400 *circa*), vienen reconocidas como un ejemplo para la Europa de la (futura) modernidad política, cuyos juristas, políticos y gobernantes, debían inspirarse en las únicas experiencias republicanas que habían existido en el pasado (repito: las que nos dejó en sus escritos Cicerón) y que ahora —comenta Vergerio— los vénetos lograron recuperar y reelaborar aplicando “la constitución mixta”, síntesis de las mejores formas de gobierno.

Añado que, de manera diferente a Venecia, cuya experiencia institucional duró siglos, también tuvo peculiar influencia en los republicanos ingleses, la cultura política que preparó y acompañó el breve y espectacular paréntesis en los comienzos de la modernidad del modelo teocrático de república que tuvo Florencia en 1498 (que termina con la condena a muerte del fraile dominico Giacomo Savonarola) y luego entre 1527 y 1530. Período que ha sido analizado de manera precursora por Franco Venturi y John Greville Pocock.

Los análisis agudos y originales de Maquiavelo sobre la instauración de república romana (no se olvide: se instaura **después** de la monarquía), tuvieron notable influencia en los debates ingleses de los siglos XVII y XVIII, sobre las formas de gobierno y las formas de la propiedad de la tierra, y acerca de la necesidad de (reformas en las) leyes agrarias. Inspirándose en el Maquiavelo de los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1513-1519) el político inglés declaradamente (romano) republicano, James Harrington (en su obra *Oceana*, editada en 1656, y dedicada a Oliver Cromwell) enfrenta el crucial problema de la relación entre “*balance of power*” y “*balance of property*”, como bases del más amplio, e institucionalmente innovador **balance constitucional**, como fundamento del *Republicanism* y de los equilibrios, podríamos decir hoy, entre “sociedad civil” y “sociedad política”.

¿Qué es, en síntesis, lo que Polibio y Cicerón habían observado y escrito sobre esa fundamental “invención política de los romanos”?

Como recordarán, en el libro VI de sus *Historias*, Polibio explica cómo funcionaba el gobierno de la **Constitución mixta** (*Mikté politéia*) en la

*Res Publica Populi Romani*. “Si observamos la actividad de los Cónsules, [el sistema mixto romano] aparece como una monarquía, si lo vemos desde el punto de vista del Senado, resulta una aristocracia, y si lo miramos desde el punto de vista de la autoridad del pueblo, es sin duda, democrático” (VI, 11-12).

De manera análoga, Cicerón, en el Libro I del *De Re Pública*, escrito entre el 55 y el 51 (antes de que César iniciara el ciclo de sus dictaduras y que se proclamara dictador vitalicio), reconoce que la republicana era la mejor forma de gobierno, porque en ella coexistían aspectos del poder monárquico (con los Cónsules), del aristocrático (con el Senado) y del democrático (con los Comicios populares), poderes que se controlaban recíprocamente, evitando, si bien se alternaran las más variadas combinaciones y proporciones entre los tres, el dominio de uno de los poderes sobre los otros.

En esos años en los que Shakespeare elabora su teatro, e interviene en la vida cultural y política con sus personajes, los tres poderes, de manera original y hasta imprevisible, estaban en plena transformación buscando nuevos equilibrios, generando diferentes formas jurídicas de derecho público que se fue estableciendo como un específico e innovador *Common Law*. Formas jurídicas que acompañaron y permitieron esa política “plurinacional anglicana de los Tudor” que tuvo sus ejes mayores en la lucha tanto contra las resistentes fuerzas disgregadoras del feudalismo, como en contra del universalismo europeo continental de la Iglesia Católica Romana.

En este sentido post-medieval y en vísperas de la modernidad liberal-burguesa, las concepciones jurídicas elaboradas por Thomas Smith, en su obra fundamental, *De Republica Anglorum* (de 1565) y en las *Institutes of the laws of England* (1628, luego 1642 y 1644), y por Edward Coke, resultaron ser esenciales en la sistematización de los nuevos derechos, cuya producción, insisto siempre, histórica y **no** de espontánea “generación natural” es repetidas veces reafirmada por el insigne jurista en textos como éste:

“El *Common Law* es el resultado de un perfeccionamiento de la razón, que se logra con medios artificiales, con largos estudios, con la observación y la experiencia, y no de la razón natural que tiene el hombre común. En efecto —explica Coke— *nemo nascitur artifex*. Al contrario, la razón legal es la *Summa Ratio*

[del derecho común de Inglaterra]; el cual, durante largas épocas, ha sido elaborado y perfeccionado por un gran número de juristas doctos y ponderados...".<sup>(4)</sup>

Coke es el gran pensador jurídico-político que se puede contraponer al más famoso Bodino y, sin duda, a Hobbes (que la dedicará una obra: *A dialogue betwen a philosopher and a student of the common laws of England*, de 1666), que recupera a pleno el valor (y el mito político) de la *Magna Charta*, que había declarado la libertad y limitaba el poder del rey.

"Derecho" y "razón" entonces, y en síntesis, como construcción histórica de la emancipación jurídica de los nuevos propietarios, de los agricultores pobres (*diggers*), los de los grupos emergentes de comerciantes, pequeños burgueses (*levellers*) de la todavía incipiente burguesía en las islas británicas, que encuentra su punto de mayor innovación institucional en la declaración clave de la "primera revolución inglesa" cuando (el 4 de enero de 1649) en el "*Rump parliament*" se establece el principio de rango constitucional según el cual

"El pueblo es por voluntad de Dios la fuente de todo justo poder. Los comunes de Inglaterra, aquí reunidos [en Westminster] en Parlamento, habiendo sido escogidos por el pueblo y en su representación, constituyen [son] el poder supremo de la nación. Todo lo que establezca o sea declarado por los comunes [reunidos] en Parlamento tiene fuerza de ley, y todo el pueblo de la nación debe respetarlo, incluso sin el consenso del Rey y de la Cámara de los Lords".

Es sobre la base de este principio que podríamos considerar fundante de la moderna "constitución mixta" inglesa que, pocos días después, se iniciará el juicio al rey Carlos I, que culminará con la sentencia de muerte.

Conviene hacer aquí un paso atrás de algunos años, para observar de cerca la coyuntura que prepara esta afirmación de evidente hegemonía política del parlamento inglés en contra del poder (absoluto y de "origen divino") del rey. Para ello, me voy a referir a otra obra central de Shakespeare, que nos ofrece otra vertiente de intercambio de ideas con nuestro invitado Rinesi: *La tragedia de Julio César*, obra que tiene una íntima relación y proximidad con *Hamlet*.

.....

(4) COKE, EDWARD, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, 138, folio 976.

¿Por qué, *Julio César*? Cuando, el genio prolífico de Avon, en 1599, la escribe, Elizabeth reinaba desde hacía más de 40 años —dominando la escena política de su tiempo tanto y hasta más que Julio César— y se acercaba, de día en día, y siempre más dramática, la necesidad de afrontar el irresoluble problema de la sucesión dinástica de los Tudor (del todo anómala) al no haber tenido ella hijos.

Conociendo como conocía a su pueblo y a la historia de Roma, Shakespeare se interroga: ¿qué pasaría después de Isabel? ¿Qué ciclo histórico se dará por terminado? ¿Vendrán, en consecuencia de su muerte, como lo fue cuando muere César, un turbulento período de guerras civiles, de irreducibles conflictos de poderes —podemos decir nosotros— **sin** hegemonía jurídico-política? ¿O comenzará el ciclo de una **nueva** hegemonía institucional?

Como hemos visto en las clases pasadas, las 23 puñaladas que, en el año 44, asesinan a Julio César van a cambiar la historia por muchos siglos: acaban con la experiencia del gobierno “mixto” republicano —que, en verdad el propio Cesar había socavado proclamando la dictadura perpetua— e inician la edad de los emperadores y luego con la disolución del Imperio de los reyes, cuyo poder de origen divino (de los dioses paganos primero y del “dios cristiano” después) va a ser transmitido, perpetuado por herencia.

Entre los asesinos estaba Bruto (hijo de la más famosa de las amantes de César, Servilia), por lo que Shakespeare le hace decir a César sus últimas palabras, *Et Tú, Brute* (porque cambia la célebre frase que Plutarco, el autor griego en el cual se inspira, que le hace exclamar: “*Tu quoque, Brute, fili mi?*”). Digamos que César le va a “sobrevivir” en el sentido de culpa, siendo Bruto una suerte de anti-héroe que anuncia también en ésta la modernidad, en combate con sus dudas existenciales y éticas, suspendido (diríamos con Rinesi) entre las dimensiones del pasado y del futuro —que **ya** y **todavía**, **no** son—, pero costreñado y humillado en la dura, inevitable, realidad del presente.

Sea dicho de paso —y como signo de esos tiempos en los que los modernos descubren el pensamiento político de Roma— que Shakespeare pudo leer las *Vidas paralelas* de Plutarco en la muy temprana, primera traducción al inglés de Thomas Norton (de 1579) dedicada, vaya caso, a la reina Elizabeth.

En el acto tercero, Antonio, apenas Bruto con el cadáver sale de la escena, exclama

“¡Ay de las manos que vertieron esta preciosa sangre [del] hombre más insigne que viviera jamás en el curso de las épocas! (...) Ante tus heridas [César], frescas todavía, profetizo ahora: caerá una maldición, discordias intestinas y los furores de la guerra civil —impreca con ira Antonio— devastarán a Italia entera! ¡Y el espíritu de César, hambriento de venganza! Vendrá en compañía de Ate [el mal y la desventura bajo forma de diosa], salida del infierno gritará en estos confines con su regia voz: ¡Matanza!, y desencadenará los perros de la muerte; de tal suerte que el hedor se elevará por encima de la tierra con la fétidas exhalaciones de las carroñas humanas solicitando sepultura”.

Tengamos presente que César, al no tener hijos varones, en su testamento había establecido que su sobrino nieto Octavio, se convertiría en su sucesor. En efecto, en los meses siguientes se define la lucha por la conquista del poder. Octavio Augusto y Marco Antonio, completan rápidamente la persecución y eliminación de los protagonistas de la *libertas republicana*, asesinando ante todo al más prestigioso y temible intelectual de la edad republicana: Marco Tulio Cicerón (al que matan, junto a su hermano y al hijo de éste, en diciembre del 43) y acaban con los seguidores de César, en la batalla de Filipos, en Macedonia, el año 42 al final de la cual Bruto derrotado se suicidó arrojándose sobre su espada mientras Shakespeare le hace imprecarse: “¡César, aplácate ahora! ¡No tuve para tu muerte la mitad de deseo que para la mía!”. Finalmente, Octavio en el año 27, es proclamado *Imperator César Augusto*, iniciando la edad imperial en Roma, cargo que va a ocupar hasta el año 14 d. C., convirtiéndose así en el emperador con el gobierno más largo de la historia de Roma y dando inicio a los siglos de su lenta decadencia.

Con genial intuición, Shakespeare se propone con su *Julio César* una suerte de “pedagogía preventiva” para que la enseñanza de la tragedia del pasado anticipe la conciencia crítica del presente, advierta acerca de los inminentes peligros y desenlaces implícitos en el “después de Isabel” que se iban a producir a partir de 1603 al morir la reina.

La realidad confirmará la intuición del poeta: en un contexto de brutal confrontación, que no podemos analizar acá, se desencadenan las “guerras civiles inglesas” (entre 1643 y 1648) contra el nuevo rey Carlos I Stuart,

sostenedor, irremovible y fundamentalista convencido, podríamos decir, del “derecho divino del rey” considerado el “vicario de Dios en la tierra” y absoluto en su poder respecto al Parlamento. Guerras que se acaban el 30 de enero de 1649 con el juicio al rey y el corte de la cabeza del monarca y la proclamación (por vez primera) de la República del *Commonwealth of England*, y del “Jefe de los ejércitos del Parlamento inglés”, Oliver Cromwell, como su dirigente máximo y luego Lord protector, quien permanecerá en el poder hasta su muerte en 1658. “República” que sería breve, pero fuertemente simbólica del cambio de las hegemonías político-jurídicas en curso, y de la recepción de la concepción republicana de las instituciones a las orillas del Tamesis.

Si con la muerte de César se interrumpe y se oculta por siglos la originalísima y poderosa experiencia republicana de Roma, con la muerte de Carlos Stuart entra en crisis el sistema del poder absoluto y anti-parlamentario de la monarquía inglesa medieval y reaparece en una suerte de metamorfosis la **Constitución mixta** que había dominado en los tiempos **antes** de César.

La experiencia republicana en esos años —como renovación teórica y práctica de lo que Polibio y Cicerón habían enseñado quince siglos atrás— en lo que se refiere al “balance de los poderes”, se va a conservar y a institucionalizar con la revolución de 1688, la autodenominada *Glorious Revolution*, en la que viene derrocado el rey Jacobo II y se afirma el predominio, ahora tendencialmente hegemónico, de la pequeña nobleza, de la burguesía y de sus aliados comerciantes y nuevos propietarios, en el Parlamento inglés.

Pero, además, la revolución (institucional) “gloriosa” fue una de las con-causas de la incipiente revolución industrial, porque permitió eliminar los monopolios que la corona había obstinadamente mantenido sobre la producción y los comercios y, al contrario, permitió y protegió (legalmente) la innovadora mecanización de la producción textil y el desarrollo en los suburbios de las ciudades o cerca de los ríos (como es el caso de Manchester); todos los lugares en los que se hacían los manufactos, la manufactura: las fábricas (la palabra inglesa “*fabric*”, significa textil, tejido, andamio, estructura, edificio), en Londres, Manchester y Liverpool. Con ello llegó también e inexorablemente el comercio (“libre” de los vínculos que habían sido propios de los monopolios reales).

Los historiadores de la economía calculan que, pocos años después de la “gloriosa”, ya había en Londres más de 700 comerciantes que exportaban

al Caribe y más de mil que importaban. En las colonias americanas se podían contar los registros de 691 empresas de comercio, que exportaban y de 626 que importaban desde la (todavía) **madre patria**. Instituciones jurídico-políticas y economía había encontrado formas de interacción dentro y fuera del Parlamento, donde además en esos mismos años se había formado el partido *Whig* para apoyar los intereses de las nuevas clases de comerciantes y de los primeros burgueses industriales.

Esta vasta experiencia inglesa se iba a trasladar de varias maneras y con singular rapidez en las colonias de América, generando nuevas guerras, tragedias y nuevos derechos los cuales pocos años después sacudieron también la América borbónica.

Por todas estas razones es comprensible la determinante influencia que la concepción política de la **Constitución mixta** romana re-inventada y aplicada en Inglaterra, tuvo en las elaboraciones de las constituciones de siete Estados de las ex-colonias angloamericanas (especialmente Virginia, Pennsylvania y Massachusetts), que tanta y contradictoria influencia tuvieron en nuestro constitucionalismo de la época de la emancipación comenzando por políticos independentistas como Francisco de Miranda, Cristóbal Mendoza y Juan Germán Roscio, constituyentes en la Venezuela de 1811.

Sobre Miranda, el criollo más culto de su tiempo, debo añadir que en su excepcional biblioteca (más de 5000 volúmenes), llegó a tener 65 autores latinos, siendo el más presente precisamente Cicerón, con 19 ediciones de sus obras, lo seguían César, Ovidio y Horacio con 11, y Tácito con 10.

Sea dicho de paso que Bolívar la criticó duramente con fundados argumentos, en su Manifiesto de Cartagena de 1812, por ser una "imitación servil" de la angloamericana de 1787 y en contra de las cuales (la venezolana del año 1811 y la de 1787), concibe su proyecto de Constitución del año 1819, presentado a los constituyentes en Angostura. Aquí Bolívar retoma, con aguda originalidad sus complejas reflexiones sobre la historia jurídico-política de Roma y de la Gran Bretaña, para "inventar" y proponer un sistema de ingeniería constitucional que fuera apto a las circunstancias de la América que todavía se denominaba española, cuyo análisis penetrante y documentado había hecho en la Carta de Jamaica de 1815 (el texto que a mi modo de ver, marca el inicio de la sociología jurídica americana).

"Cuando hablo del gobierno británico sólo me refiero a lo que tiene republicanism, y a la verdad ¿puede llamarse pura



monarquía —se interroga Bolívar— un sistema [como el inglés] en el cual se reconoce la soberanía popular, la división y el equilibrio de los poderes, la libertad civil, de conciencia, de impronta, y cuanto es sublime en la política? ¿Puede haber más libertad en ninguna especie de república? ¿Y puede pretenderse más en el orden social? Yo os recomiendo —insistía convencido Bolívar, dirigiéndose a los constituyentes venezolanos— esta Constitución popular (...), como la más digna de servir de modelo a cuantos aspiraban al goce de los derechos del hombre y a toda la felicidad política que es compatible con nuestra frágil naturaleza”.

Tema central que encontramos también en la Oración inaugural (en apertura de la Sociedad Patriótica, el 13 de enero de 1812 en Buenos Aires), de Bernardo de Monteagudo, o en las obras del mexicano Servando Teresa de Mier o del ecuatoriano Vicente Rocafuerte y en las traducciones (que él realiza y edita) de García de Sena, de los textos republicanos que prepararon el intenso debate de los constituyentes de Filadelfia, como la *Disertación sobre los primeros principios del gobierno* (republicano), de Thomas Paine. Textos que obviamente se habían originado en la Inglaterra de la que estamos hablando y de pocos años después, en los cuales, en una coyuntura del todo excepcional, se había determinado una estrecha relación entre la composición social y la representación política en el Parlamento.

No olvidemos, sin embargo, que la vinculante barrera electoral, **pre** (o anti) democrática y des-igualitaria del sistema liberal inglés, se mantuvo hasta 1832, cuando el sufragio apenas se extendió del 8 por ciento a un 16 por ciento de la población masculina adulta, es decir, que el sufragio pasó del 2 a un limitadísimo 4 por ciento de la población inglesa, que alcanzaba entonces los 20 millones. Deberá esperarse un siglo, hasta el año 1928, para que el sufragio se amplíe hasta llegar a la inclusión del voto femenino. Pero, como lo hemos dicho, aquellos fueron los tiempos, no ya de Shakespeare, sino del creciente y dominante imperialismo inglés en Asia y el resto del mundo, del reinado durante 63 años de Victoria Hannover, soberana de Gran Bretaña y emperatriz de la India (1837-1901).

El *topos* y el género literario que se impone con la hegemonía burguesa, es el realismo, incuestionable y urticante, de Charles Dickens. El máximo escritor, narrador y denunciante, al mismo tiempo, de la terrorífica expan-

sión de la explotación capitalista industrial que se extiende, con el ejercicio del imperialismo, a nivel planetario.

Finalmente el parangón entre la Roma Republicana y la Imperial es el motivo conductor que encontramos en la tragedia en tres actos del poeta cubano José María Heredia, de 1829. Se trata de *Los últimos romanos*, la crisis del orden republicano, que con la muerte de César abre la edad de los despotismos imperiales, ahora se manifiesta en las guerras civiles de los caudillos, de las facciones masónicas, de la corrupción en la compra venta de los cargos en la fragmentación impulsada por la política inglesa, en los gigantescos espacios que habían constituido el imperio borbónico heredado por los patriotas con la Independencia y cuyo *utis possidetis iuris* (unitario e integrado), quería conservar y potenciar Bolívar, al convocar para ello en 1826 al Congreso de Panamá.

Pensados desde el México de comienzos del siglo XIX, donde Heredia residía (y sus contemporáneos Agustín de Iturbide, Guadalupe Victoria y Vicente Guerrero), los protagonistas de su tragedia, Bruto y Casio, que actúan en vísperas de la derrota en la ya citada batalla de Filipos, hablan, como los últimos hijos de la estirpe de Cicerón y Catón, como "los últimos romanos", conscientes como estaban de que al caer la república, el incumbente imperio ya no iba a ser dominado por la *virtus* y la *libertas*, sino por el despotismo de la fuerza y los privilegios de la corrupción, en suma: por el sistema corporativo y estamental que había implantado la tan combatida monarquía borbónica.

Bien, con estas consideraciones sobre *Hamlet* y *Julio César* y los contextos históricos, filosóficos y jurídico políticos que procedieron y siguieron los tiempos de estas tragedias de Shakespeare, que permiten, como ama decir Rinesi, dar nuevas "vueltas de tuerca" a los temas de nuestro curso. Agradecemos su muy grata presencia entre nosotros.





# Sobre “Los fundamentos de los derechos fundamentales”

HERNÁN ALBERTO DIEZ<sup>(1)</sup>



En el presente trabajo pretendo hacer un resumen del artículo “Los fundamentos de los derechos fundamentales” de Luigi Ferrajoli, publicado en la revista *Teoría política*,<sup>(2)</sup> para luego analizarlo desde una óptica latinoamericana inserta en la realidad global actual. No abordaré, por razones de espacio, las discusiones que Ferrajoli mantuvo con otros teóricos que le han hecho críticas a sus diversas teorías.

Gran parte de los problemas que surgen a partir de los derechos fundamentales responden a la diversidad de enfoques que se ocupan de ellos y, de allí, su variedad de significados (humanos, públicos, constitucionales, personalísimos o de ciudadanía). Lo que la teoría puede decirnos es qué entendemos con la expresión derechos fundamentales, no qué son ni qué deben ser. Es una definición estipulativa, ni verdadera ni falsa, sino explicativa con relación a cualquier ordenamiento, y formal, destinada a distinguir los rasgos principales de los derechos fundamentales. Las cuestiones referidas a cuáles son estos derechos, pertenecen a la ciencia jurídica positiva (análisis empírico de las normas de un determinado ordenamiento); la re-

.....

(1) Abogado especializado en Derecho Penal y Administrativo. Docente (UBA), miembro del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y alumno de la Especialización en Magistratura. El presente trabajo fue realizado en el marco de la materia “Constitución, Hegemonía y Democracia”.

(2) FERRAJOLI, LUIGI, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Teoría Política XVI*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 41/113.

ferida a cuáles deben ser estos derechos corresponde a la filosofía política (doctrina normativa en torno a valores ético-políticos que requieren ser tutelados); hay incluso otro sentido que responde a qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son garantizados como fundamentales, cuestiones que pertenecen al ámbito de la sociología jurídica (luchas sociales y procesos políticos por los que han sido reivindicados y, luego, consagrados como tales).

Para Ferrajoli, son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto ciudadanos y/o personas capaces de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa de actos jurídicos, trátase de una expectativa negativa o de no lesión, como de una expectativa positiva o de prestación. Los rasgos estructurales que los distinguen son tres:

- I. su universalidad en sentido lógico y no valorativo de la clase de sujetos que sean sus titulares (personas, ciudadanos o capaces de obrar);
2. su estatuto de normas generales y abstractas o normas téticas (en oposición a hipotéticas que predisponen como efectos hipotéticos las situaciones de actos singulares negociables) y
3. su carácter indisponible e inalienable. Si se quiere tutelar un derecho como fundamental, hay que sustraerlo de la lógica del mercado y a la arbitrariedad del legislador ordinario mediante la estipulación de la regla en una norma constitucional. Las clases de sujetos que se han identificado como posibles titulares de los derechos fundamentales son tres: personas físicas, ciudadanos y capaces de obrar. Si se distinguen las cuatro combinaciones generadas por la relevancia del *status*, se obtienen cuatro clases de derechos fundamentales:
  - a. los derechos humanos, que pertenecen a todas las personas en tanto tales;
  - b. los derechos civiles, que corresponden a las personas en tanto capaces de obrar;
  - c. los derechos públicos, que pertenecen a las personas en tanto ciudadanos y
  - d. los derechos políticos, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos capaces de obrar.<sup>(3)</sup>

Ferrajoli las denomina derechos de la persona o de la personalidad y, a las dos últimas, derechos del ciudadano o de ciudadanía. Además, denomina a la primera y tercera clase de derechos, pertenecientes a todas las personas con independencia de su capacidad de obrar, derechos primarios

.....

(3) *Ibid.*

o sustanciales y a la segunda y cuarta clase de derechos, pertenecientes a las personas en tanto capaces de obrar, derechos secundarios o formales.

Ambos conjuntos equivalen a otras tantas distinciones de derechos fundamentales: una, entre derechos de las personas y derechos del ciudadano; la otra, entre derechos primarios y secundarios. Combinando las anteriores tenemos: los derechos primarios de la persona, que son los derechos humanos; los derechos primarios del ciudadano, que son los derechos públicos; los derechos secundarios de la persona, que son los derechos civiles; y los derechos secundarios del ciudadano, que son los derechos políticos. Esta es la tipología subjetiva. En cuanto a la tipología objetiva, se refiere a los tipos de comportamiento. A partir de la naturaleza de expectativas negativas (de no lesión) o positivas (de prestación), distingue entre los derechos primarios, pertenecientes a todos con independencia de su capacidad de obrar: los derechos de libertad, que consisten en la expectativa de no lesión o interferencia por parte de los demás distinguibles en simple expectativa de y simple expectativa para (ej. de libertades de: derecho a la vida y a la libertad personal; ej. de libertades para: libertad de prensa, de asociación y de reunión), son derechos negativos. Los segundos son derechos positivos, de expectativa de prestaciones (ej.: derecho a la salud, educación, seguridad social). En función del tipo de poderes en que consisten, identifica los derechos de autonomía con los derechos secundarios, pertenecientes a todos, en tanto capaces de obrar, y divisibles, a su vez, en derechos civiles y derechos políticos. Los primeros son derechos de autonomía privada ejercidos, fundamentalmente, a través de actos negociables de disposición sobre derechos patrimoniales. Los otros consisten en derechos de autonomía política, ejercitados a través de actos públicos, de los cuales el voto es el más característico.

La distinción entre derechos primarios y secundarios es insuperable, pero la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano es superable (mediante la extensión de la ciudadanía a todas las personas o de su supresión como presupuesto de los derechos fundamentales). Mientras los derechos primarios consisten en expectativas sustanciales (de no lesión, en el caso de los negativos, y de prestación, en caso de los positivos) y, por consiguiente, en los beneficios que aseguran a sus titulares, los derechos secundarios, sean civiles o políticos, al ser ejercidos mediante actos que producen efectos jurídicos, son además poderes y, por lo tanto, están sometidos a vínculos y límites legales. Estas son distinciones analíticas,

verdaderas por definición. No indican el contenido de los derechos sino qué son éstos. Todos los derechos fundamentales se subdividen en derechos de libertad, derechos sociales, derechos civiles y derechos políticos.

Me ocuparé de los llamados “fundamentos de los derechos fundamentales”. Hay cuatro significados que pueden asociarse a la palabra “fundamento”: a) la razón o fundamento teórico; b) la fuente o fundamento jurídico; c) la justificación o fundamento axiológico y d) el origen o fundamento histórico y sociológico. El fundamento jurídico, que consiste en el fundamento *iustpositivista* de legalidad, viene dado por la respuesta ofrecida por la dogmática positivista: son derechos fundamentales; en un determinado ordenamiento, los derechos que las normas constitucionales o legislativas pertenecientes a él atribuyen universalmente a todos en tanto ciudadanos y/o personas capaces de obrar. El verdadero problema de carácter filosófico-político es el fundamento axiológico de los derechos fundamentales: ¿qué derechos deben ser tutelados como fundamentales? Y esto admite una respuesta de tipo normativo, cuya formulación racional exige la formulación de los criterios meta éticos y meta políticos idóneos. Es posible identificar cuatro criterios axiológicos, referidos a la persona como fin y no como medio.

El primero de estos criterios es el nexo entre derechos fundamentales e igualdad. La forma universal de tales derechos equivale a la igualdad en la titularidad de los sujetos —ciudadanos y/o personas capaces de obrar— a las que le son atribuidos. Es necesario, obviamente, determinar en qué —la vida, ciertas libertades, las necesidades vitales—, es justo o está justificado que los derechos aseguren esta igualdad: es ésta la determinación axiológica que hace de la igualdad un criterio de identificación de cuáles deben ser los derechos que merecen ser tutelados como fundamentales.

El segundo criterio es el del nexo entre derechos fundamentales y democracia. A la luz de la tipología objetiva de los derechos formulada anteriormente —derechos políticos, civiles, de libertad y sociales— éstos servirán para configurar la base de otras tantas dimensiones de democracia.

El tercer criterio es el del nexo entre derechos fundamentales y paz, establecido en el Preámbulo de la Declaración de 1948. Deben garantizarse como fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica: el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal, los derechos de libertad, los derechos civiles y políticos y, además, los derechos sociales a la supervivencia.

El cuarto criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales pueden ser definidos en el plano axiológico como leyes del más débil, en alternativa de la ley del más fuerte que operaría en su ausencia.

¿En qué consiste el nexo enunciado entre derechos fundamentales y los cuatro valores (igualdad, democracia, paz y tutela del más débil) enunciados por estos cuatro criterios? Dicho nexo consiste en la relación de racionalidad instrumental que liga medios afines. La forma universal de los derechos fundamentales no es sino la técnica normativa racionalmente idónea, cuanto más extensas las clases de sujetos a los que se refiere, para conseguir los fines o valores postulados, que su concreta estipulación positiva persigue. El fundamento axiológico de los derechos fundamentales reside en los fines para cuya obtención su definición universal es un medio necesario. Es en los fines de igualdad, democracia, paz y tutela del más débil donde residen los valores, y es en la voluntad de realizarlos donde intervienen las opciones ético-políticas. Por otro lado, la relación entre fundamentos históricos de los derechos fundamentales y fundamentos axiológicos de los mismos no es una tesis teórica sino una tesis empírica, de carácter historiográfico o sociológico. Señala Ferrajoli que, en el plano meta teórico, no es inconsistente la alternativa *iuspositivismo* e *iusnaturalismo*. No lo es porque se refiere a discursos diferentes. Los discursos son necesariamente *iuspositivistas* en cuanto se refieren a la noción teórica y a la noción empírica de los derechos fundamentales ofrecidos por la ciencia jurídica, que tienen como referencia los concretos órdenes normativos positivos a los que se remite. Por el contrario, la determinación, en sede de la filosofía de la justicia, de lo que es justo tutelar como derecho fundamental no puede sino ser *iusnaturalista*. La teoría es rígidamente *iuspositivista*: el constitucionalismo teorizado por ella como deber ser positivo del derecho positivo, en un perfeccionamiento y desarrollo del positivismo jurídico. Todos los derechos subjetivos son puestos o positivos: los patrimoniales son puestos por actos singulares, actos en los que se ejercita la autonomía privada y con sentencias o actos administrativos; los fundamentales, que consisten en normas, son puestos por el legislador o el constituyente.

Comienza, luego, el análisis de los fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales: por el primer criterio, el referido al nexo entre tales derechos y la igualdad jurídica. Entiende como igualdad jurídica a la igual titularidad de situaciones jurídicas —desde los derechos fundamentales a las prohibiciones penales— proveniente de su atribución a la clase de



sujetos entre los que es predicada en forma de reglas generales y abstractas —normas téticas—. Entiende por desigualdad jurídica la titularidad por parte de cada sujeto de situaciones distintas y singulares —como son, por ej., los derechos y obligaciones impuestos por normas hipotéticas—. Si las normas téticas constituyen la base de la igualdad, las normas hipotéticas constituyen la base de la desigualdad jurídica. La igualdad jurídica es un corolario de la igualdad conforme a la ley. Somos iguales según la ley en la medida en que somos titulares de las mismas situaciones que ésta dispone en forma universal: sean libertades o poderes, obligaciones o prohibiciones. Distingue dos dimensiones de la igualdad: a) la igualdad en los derechos, establecida por la Declaración de 1789 y por la Declaración de 1948, que aluden a los derechos fundamentales; y b) la igualdad en los deberes, como por ej., las prohibiciones establecidas en normas penales o las obligaciones establecidas en normas fiscales.

El cambio sustancial producido por el derecho moderno ha consistido en la igualdad en los derechos, además de y antes que en la igualdad en los deberes. Este nexo es el establecido —aunque sin ninguna connotación axiológica— por la definición formal de derechos fundamentales. Esa definición fundamenta la diferencia estructural entre derechos fundamentales —como base de la igualdad— y derechos patrimoniales —como base de la desigualdad—, y en la de los vínculos sustanciales que los primeros, en caso de que tengan rango constitucional, imponen a la legislación ordinaria y, por lo tanto, a la política y a la democracia representativa. La definición formal de los derechos fundamentales fundamenta una distinción entre éstos y los derechos patrimoniales; distinción que es analítica y verdadera por definición. Son fundamentales todos los derechos universales en tanto que atribuidos a todos (como personas, ciudadanos y/o capaces de obrar) y patrimoniales a todos los derechos singulares, en tanto atribuidos singularmente a cada uno con exclusión de los demás, independientemente de los contenidos —que es tarea de la dogmática jurídica de los concretos ordenamientos positivos—. De hecho, en nuestros ordenamientos son fundamentales los derechos civiles, los derechos de libertad, los derechos políticos y los derechos sociales; mientras que son patrimoniales los derechos de crédito y los derechos de propiedad sobre determinados bienes. Ello, independientemente del contenido concreto de cada uno. A su vez, la diferencia referida a los *status* diferentes de sujetos, independientemente de su contenido, fundamenta la diferencia conceptual entre otros tantos tipos de igualdad jurídica, independientes una de otra, al

igual que los correspondientes derechos: la igualdad civil (en los derechos civiles), la igualdad política (en los derechos políticos), la igualdad liberal (en los derechos de libertad) y la igualdad social (en los derechos sociales).

El problema del fundamento axiológico surge en la estipulación normativa de las específicas expectativas que deben ser igualmente garantizadas a todos puesto que, de su contenido, hacemos depender el valor axiológico de la igualdad. La opción de valor no es ni verdadera ni falsa. En la tradición occidental este valor se ha identificado con la dignidad de la persona (reconocida en numerosas cartas constitucionales). "Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos ", dice el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que el art. 1 de la Declaración de 1789. Los derechos en los que se ha afirmado la igualdad son aquellos que, garantizando las diferencias personales y reduciendo las desigualdades materiales, aseguran la igual dignidad de todas las personas. La igualdad corresponde a lo que asumimos como valor o dignidad de las personas: la vida, la libertad personal y las otras libertades fundamentales, la autodeterminación civil y política, la supervivencia. Si queremos que tales valores sean satisfechos, la técnica jurídica idónea es su positivización como derechos fundamentales. Persona no equivale a ser humano sino al *status* de los sujetos —cualesquiera que sean, normativamente previstos como presupuesto de situaciones jurídicas— y, específicamente, a los derechos de la persona. La equivalencia entre los dos conceptos se han afirmado no sólo en el plano axiológico, sino también en el derecho positivo, con el reconocimiento del *status* de persona a todos los seres humanos, producido con las primeras codificaciones y con la configuración en casi todas las constituciones modernas de casi todos los derechos fundamentales. Dichas correlaciones se han afirmado en el plano del derecho internacional con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que, en su art. 6, establece que "todo individuo tiene derecho, en todo lugar, al reconocimiento de su personalidad jurídica" y, en el art. 2, que "toda persona tienen los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". En el plano teórico, los derechos humanos son derechos de todas las personas y no sólo de los ciudadanos, y en el plano de derecho positivo, la casi totalidad de los derechos fundamentales son derechos humanos. Su universalismo no es una utopía sino un derecho vigente, aunque sea desconocido por las

actuales teorías de la ciudadanía y violado por las legislaciones en materia de extranjeros e inmigrantes. Son normativas y axiológicamente negativas las tesis que proponen que el concepto de derechos humanos debe ser circunscrito sólo al de ciudadanía. Una cuestión distinta de carácter axiológico es la perspectiva de una ciudadanía universal o, lo que es lo mismo, la abolición de las ciudadanía estatales como presupuesto de los derechos políticos que bien podrían asociarse a la residencia. Pero ésta es una cuestión secundaria a la cuestión política que condiciona de manera ilegítima los derechos —no sólo del ciudadano sino también de la persona— a las ciudadanía estatales. Según Ferrajoli, ésta es la antinomia regresiva y explosiva con el crecimiento de las desigualdades y la presión migratoria, como fuentes de peligro permanente para la paz y para la credibilidad misma del derecho. La superación de esta antinomia va por el camino de la puesta en marcha de un diseño universalista establecido por el derecho constitucional e internacional positivo.

La realización de la igualdad de los derechos fundamentales depende únicamente de la política: de la voluntad de los países más fuertes, ricos y poderosos, pero también de las luchas políticas y sociales de las masas hoy discriminadas, así como del apoyo que le presten las clases privilegiadas. Una objeción que se le ha hecho a Ferrajoli en este sentido es que el principal obstáculo a la perspectiva de un constitucionalismo mundial estaría condicionado no sólo por la ausencia de adecuadas organizaciones internacionales, sino por una sociedad civil global y por las profundas diferencias culturales entre pueblos distintos en lo cultural, lengua, religión, condiciones y estructuras jurídicas, económicas y sociales; es decir, en la ausencia de ese mínimo de cohesión pre política y de sentido común de pertenencia entre los ciudadanos y los pueblos a los que pretende regir, que se expresa en la ciudadanía nacional.

En realidad, el grado de homogeneidad social y la identidad colectiva que ha venido madurando entre los distintos pueblos ha sido el generado por la igualdad generada por los derechos. El enfoque universalista es el único que favorece y posibilita el debate intercultural. Los clásicos derechos de libertad, al garantizar el igual valor y dignidad de todas las personas, cualesquiera que sean sus diferentes identidades culturales, equivalen a otros tantos derechos de cada uno, a la propia identidad irreductiblemente diferente. Y, en cuanto a los derechos sociales, su satisfacción se basa en la dignidad de la persona, porque los niveles

mínimos de subsistencia que éstos garantizan constituyen la principal condición de ese sentido de pertenencia y solidaridad social en el que se basan la cohesión y los vínculos pre-políticos.<sup>(4)</sup>

El segundo criterio axiológico que permite establecer cuáles deben ser los derechos fundamentales es el de su nexo con la democracia constitucional. Tales derechos, si son sancionados con rango constitucional, imponen límites y vínculos a la legislación y, en caso de que ésta sea competencia de instituciones representativas, a la democracia política. Esta tesis tampoco nos dice nada sobre los contenidos concretos de las normas constitucionales; dice tan solo que las normas constitucionales al estar *supra* ordenadas a las ordinarias condicionan su validez, no sólo en cuanto a la forma sino también en cuanto a la sustancia. Son las constituciones democráticas las que aseguran la garantía de los derechos y la separación de poderes (art. 16 de la Declaración de 1789). Son derechos fundamentales los límites (cuando consisten en expectativas negativas) y los vínculos (cuando consisten en expectativas positivas) al contenido de las decisiones normativas subordinados a ellos. De aquí se pueden distinguir las distintas dimensiones de la democracia constitucional: por un lado, la democracia formal, generada por los derechos secundarios o de autonomía y articulada en las dos formas —el "quién" y el "cómo"— de la decisión de la democracia civil y la democracia política, fundada una sobre los derechos civiles y la otra sobre los derechos políticos. Por otro lado, la democracia sustancial, determinada por los derechos primarios o sustanciales y articulada en las dos dimensiones, relativas al "qué" de las decisiones. El "qué" es lo no decidible que o no decidible que no. Estas dimensiones de la democracia sustancial se articula en cuanto al "qué" de la democracia liberal y la democracia social, basada una en los derechos de libertad y la otra en los derechos sociales. Es en la opción a favor de los valores que tales derechos expresan donde se manifiesta su fundamento axiológico, donde aparecen como medios idóneos para realizar la democracia constitucional. Si se quiere satisfacer cada una de esas dimensiones es necesario establecer y satisfacer los derechos que ellas mismas enuncian y el nexo depende de los valores contenidos en los derechos establecidos como universales y de la formulación de los mismos en normas *supra* ordenadas a los distintos

.....

(4) FILIPPI, ALBERTO (dir.), *Norberto Bobbio y Argentina: los desafíos institucionales de la democracia integral*. Epílogo: Luigi Ferrajoli, Bs. As., La Ley, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 2006.

tipos de poder. La tesis de Ferrajoli sobre la democracia y los derechos fundamentales son tesis de teoría del derecho, como él mismo lo subraya, que no pretenden decir ni deben decir nada sobre el problema filosófico, competencia de la filosofía de la justicia, que se centra en los fundamentos de una y de otros. Mucho menos pretende decir nada sobre soluciones contingentes del problema de la relación entre derechos fundamentales y democracia política adoptados en cada particular formación histórica y competencia de las disciplinas jurídicas positivas. Sólo se limita a dar cuenta de que los derechos fundamentales establecidos por una constitución rígida imponen límites y vínculos sustanciales a la democracia política, tal como se expresa en las decisiones de las mayorías contingentes. Es cierto que, en ausencia de derechos políticos, no tendría sentido hablar de democracia. La democracia es ante todo política. Queda por definir cuál es esta forma de poder que es la democracia constitucional. En ella el poder del pueblo en la adopción de decisiones colectivas es un poder limitado por los derechos fundamentales sancionados en las constituciones que no pueden ser válidamente derogados por el mismo.

El concepto teórico de constitución, de democracia constitucional, es formal: una noción que designa la estructura normativa pero que nada dice sobre los vínculos y límites de derecho positivo que ésta establece. La misma dimensión política de la democracia resultará garantizada constitucionalmente allí donde los derechos políticos y sus diversas formas —el sufragio universal, un determinado sistema electoral, el principio de mayoría— estén establecidos en las constituciones como vínculos sustanciales a las decisiones legislativas. La configuración de límites y vínculos como una característica de la democracia sustancial da cuenta de la coexistencia de hecho en los actuales ordenamientos de ambas dimensiones, la democracia formal y la democracia sustancial y su coesencialidad axiológica. La definición teórica de la dimensión política necesaria de la democracia constitucional no es en el plano axiológico una condición suficiente y, para ser una definición lo más completa posible, debe incluir el límite representado por la indisponibilidad de todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, comenzando por los propios derechos políticos en los que se basa. Los derechos fundamentales aluden a todo el pueblo porque se refieren a inmunidades, poderes, expectativas y necesidades garantizados a todos. Los derechos fundamentales no suponen ni requieren el consenso de todos dado que su papel es la tutela de los sujetos más débiles frente a la ley del más fuerte. Continúa diciendo

Ferrajoli que el objetivo de su trabajo es contrarrestar la tendencia todavía más difundida, no sólo en el sentido común sino también en la cultura política, que se expresa en la intolerancia y la desconfianza frente al constitucionalismo como sistema de límites, vínculos y garantías en relación con cualquier poder. Se trata de una definición abiertamente normativa y no explicativa. La rigidez de las normas constitucionales con las que se establecen los derechos fundamentales los sustrae de la autonomía política ejercida mediante el voto y la elección de representantes, mientras que su carácter universal los sustrae de la autonomía privada ejercida mediante actos de disposición de sus titulares.

El tercer criterio de identificación axiológica de los derechos fundamentales es su nexa con el objetivo de la paz. Se trata del criterio hobbesiano de la justificación del derecho y del Estado como instrumentos de la paz y de la tutela de la vida. El nexa es biunívoco: la paz, o sea la superación de la guerra propia del estado e naturaleza, es indispensable para la garantía del derecho a la vida, el cual es, a su vez, indispensable para la paz. La tutela del derecho a la vida que se fue extendiendo a otros derechos vitales fue el fundamento de que en muchas constituciones del s. XVIII se estipulara el derecho a resistencia ante su violación. Estos derechos son el derecho a la vida, a la integridad personal y las libertades fundamentales frente a la ley del más fuerte, pero también son los derechos sociales a la salud, a la educación, a la subsistencia y a la seguridad social, de cuya satisfacción dependen los mínimos vitales. Es lícito establecer una correlación biunívoca entre el grado de paz y el grado de garantía a favor de todos estos derechos. En el plano internacional, como dice el Preámbulo de la Declaración Universal de 1948, la paz tiene por fundamento la garantía de los derechos fundamentales de todos los miembros de la familia humana. Dicha paz requeriría de reformas y garantías de tipo institucional hoy bastante improbables, como el desarme tendencial de los Estados y el correlativo monopolio de la fuerza a cargo de una ONU reformada en sentido democrático, así como de la efectiva institución del Tribunal Penal sobre Crímenes contra la Humanidad —que, dentro de sus competencias, tiene tanto las violaciones a los derechos humanos como las guerras de agresión—. Pareciera que el equivalente moderno del "bien" fuera la consigna de un nuevo tipo de fundamento: de un lado, Occidente; del otro, el mundo restante al que Occidente pretende imponer, por medio de la violencia, sus propios valores. Existe otro aspecto del nexa entre derechos humanos y paz: el derecho de autodeterminación de los pue-

blos: un derecho complejo e autónomo articulado en dos dimensiones: a) la autodeterminación interna, que consiste en el derecho de los pueblos a decidir libremente su estatuto político en el plano del derecho interno; b) la autodeterminación externa, que consiste en el mismo derecho en el plano internacional, así como en el derecho de los pueblos al desarrollo y a la libre disponibilidad de la propias riquezas y recursos. Cabe aclarar que un derecho al Estado o a la secesión es inconcebible como derecho universal y fundamental. Siempre habrá una minoría que realiza la secesión y otra minoría que querrá luego realizarla contra la otra minoría que se ha convertido en mayoría. Y esto rige hoy más que nunca al ser bastante mayor la mezcla de pueblos y culturas que conviven en un mismo territorio. Esta tesis puede extenderse a todos los derechos de las minorías y, en general, a todos los derechos llamados colectivos, culturales, políticos o económicos. En la medida en que no puedan configurarse como derechos del individuo, no son en ningún sentido universales ni, por consiguiente, fundamentales. Son los derechos de libertad los que aseguran mediante la igual afirmación y valoración de las diferentes identidades, su recíproca tolerancia y pacífica convivencia. Y la tutela de tales derechos es la principal garantía de la paz. Es necesario distinguir entre pueblos como entidades culturales, tuteladas por el derecho a la autodeterminación, y Estados como entidades territoriales artificiales dentro de cuyos límites, gracias al propio derecho de autodeterminación, pueden convivir diversos pueblos.

El cuarto criterio meta ético idóneo para señalar el carácter fundamental de las necesidades y expectativas vitales es el que las identifica como leyes del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza, esto es, el de la ausencia de derechos. El nexo entre forma universal de los derechos fundamentales y la tutela del más débil es el de medios afines; es una relación de racionalidad estructural. Esa forma, junto al rango constitucional de las normas que la expresan, se presenta como la técnica idónea para la tutela de los sujetos más débiles en cuanto asegura la indisponibilidad e inviolabilidad de las expectativas vitales establecidas como derechos fundamentales, sustrayéndolas del mercado y de la política. Este es el fundamento axiológico que coincide de manera más evidente con las razones históricas que han informado los procesos a través de los que han madurado los derechos fundamentales, los cuales históricamente han sido sancionados en las cartas constitucionales como resultado de luchas y revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o

discriminación. El fundamento democrático del pacto constituyente sobre los derechos fundamentales está, no ya en el hecho de que ninguno esté excluido de su estipulación, sino en que se pacte en él la no exclusión de ninguno. La no exclusión se refiere a las cláusulas del pacto. No se refiere a la forma o a los sujetos del contrato, sino a sus contenidos. Son sólo los individuos, y no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los derechos fundamentales —que, estructuralmente, son siempre individuales y no colectivos—. Rige el principio de tolerancia, es decir, la tutela de las libertades y, por tanto, el respeto de las diferencias culturales, que encuentran expresión y garantía en el ejercicio de las libertades. La igualdad consiste en el igual derecho a las propias diferencias —religiosas, políticas, ideológicas, nacionales y culturales— que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás y de cada individuo una persona como los demás. El constitucionalismo y el universalismo de los derechos fundamentales —ante todo, los de libertades— son la única garantía del pluralismo cultural, de la convivencia y del recíproco respeto entre las diversas culturas; una convivencia que postula el mutuo reconocimiento.

Luego, Ferrajoli hace acápite aparte de lo que denomina “El futuro de los derechos fundamentales. Tres posibles expansiones del paradigma garantista”. Sostiene que los criterios propuestos para identificar, en el plano axiológico, los derechos fundamentales —igualdad, democracia, paz y tutela del más débil— son convergentes y complementarios entre sí. Es en la constitucionalización de los derechos en los que se articula la democracia constitucional donde se manifiesta la tendencial convergencia de sus fundamentos jurídicos y sus fundamentos axiológicos. Gracias a dicha convergencia, en los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, se pueden identificar los fines, la justificación y la razón social del artificio llamado estado constitucional de derecho. Se pueden distinguir dos sentidos de fines: a) uno jurídico y descriptivo, en el que se puede afirmar que los fines y la razón de cada estado constitucional de derecho consisten en la garantía de los derechos y demás principios estipulados en su carta constitucional —en este sentido se puede identificar en cada constitución la carta de identidad del respectivo ordenamiento político y jurídico—; b) uno axiológico y prescriptivo, en el que se puede identificar los fines o la razón del estado constitucional de derecho como categoría de una filosofía política normativa en los derechos que la misma identifica como fundamentales —sobre la base de los cuatro criterios formulados—. El análisis de estos cuatro criterios sirve para demostrar cómo el funda-



mento axiológico de los derechos fundamentales reside en los valores y necesidades vitales que se han venido afirmando históricamente a través de luchas y revoluciones promovidas por las diversas generaciones de sujetos excluidos u oprimidos. Lo que eran simples libertades naturales expuestas a la arbitrariedad de los poderes públicos fueron, paulatinamente, convirtiéndose en derechos fundamentales de libertad, configurándose como leyes del más débil y como contra-poderes respecto de poderes absolutos. El constitucionalismo democrático no es sólo una conquista del pasado; es, sobre todo, un programa para el futuro, en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales sancionados en las constituciones, tanto estatales como internacionales, deben ser garantizados y satisfechos. El garantismo es la otra cara del constitucionalismo y consiste en el conjunto de técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de tales derechos. Y, en segundo lugar, en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección:

1. en garantía de todos los derechos, no sólo de libertad sino también de los derechos sociales;
2. frente a todos los poderes, no sólo públicos sino también privados, tanto nacionales como transnacionales;
3. a todos los niveles, no sólo a nivel estatal sino también internacional.

Hay, por otra parte, lagunas en las garantías, que la estipulación de los derechos sociales debe colmar. Depende de la introducción de adecuadas garantías primarias en forma de obligaciones *ex lege* de tipo universal, correlativas a las derivadas de los derechos sociales, a cargo de la esfera pública, que permitirían, a su vez, garantías secundarias de control jurisdiccional sobre sus eventuales lagunas o incumplimientos (de ese modo —añade— se limitaría la intermediación burocrática). Éstas tienen un esquema análogo a las prestaciones gratuitas y obligatorias como la educación y la salud, garantizadas de diferentes formas por el Estado social —y que hoy se han visto desplazadas a la actividad privada por efecto de las privatizaciones y la mayor eficacia del mercado—. La segunda expansión es la impuesta por la naturaleza de derechos-poderes propia de los derechos civiles de autonomía privada, que requieren tanto límites como vínculos; los límites, representados por la indisponibilidad de los derechos fundamentales, así como de los bienes personalísimos que forman parte del propio cuerpo y de los comunes e inviolables como el

ambiente. También, en igual sentido, los límites y vínculos representados por las prohibiciones y obligaciones inherentes a las relaciones de trabajo y de protección a los consumidores.

La globalización de la economía, en ausencia de reglas, ha producido un crecimiento exponencial de las desigualdades; el aumento de las riquezas en las democráticas sociedades opulentas y, junto a ello, de la pobreza, el hambre y la explotación en el resto del mundo. Esto se ha pretendido justificar diciendo que la libertad empresarial es una autonomía que no está sujeta al derecho porque es necesaria como libertad y que el mercado necesita, para producir riquezas y ocupación, no estar sujeto a ningún límite. Ideas que son opuestas al estado constitucional de derecho. Ningún mercado puede sobrevivir sin reglas y, de hecho, las intervenciones públicas se dan siempre en favor de los más poderosos. Piénsese —continúa Ferrajoli— en las políticas del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional en materia de deuda externa, responsables del aumento del hambre, la miseria y las enfermedades de las que son víctimas en el mundo millones de seres humanos.

La tercera expansión del paradigma garantista es la impuesta por el carácter supraestatal que las declaraciones y convenciones internacionales confieren a los derechos fundamentales. Falta una jurisdicción constitucional internacional capaz de censurar los actos de los Estados y de los organismos de Naciones Unidas cometidos en violación del principio de la paz y de los derechos humanos establecidos en el plano internacional. Falta un sistema internacional para la tutela de los derechos sociales y de los mínimos vitales para los países más pobres y alguna forma de gravamen o tasa internacional por el uso, el abuso, la apropiación y la distribución de recursos ambientales y bienes comunes del planeta por parte de los países más ricos. Falta, también, una organización permanente (si no el monopolio) de la fuerza a cargo de la ONU. La idea de sustituir la ONU por la OTAN equivale a una reafirmación del derecho a la guerra que representó el primer atributo de soberanía y que ahora le es resituado sólo a los Estados más ricos y fuertes.

El rasgo característico de la globalización es la crisis del derecho en un doble sentido: uno objetivo e institucional, que se evidencia en la creciente incapacidad reguladora del derecho, lo que se expresa en su violación por los poderes públicos y privados; y el otro, subjetivo y cultural, que se manifiesta como descalificación, intolerancia y rechazo del derecho, lo

que se expresa en la idea de que los poderes políticos supremos no están sometidos a reglas, ni de derecho internacional ni de derecho interno, y que el mercado debe prescindir de límites porque éstos estorban su capacidad de autorregulación y promoción del desarrollo. Lo único positivo que encuentra Ferrajoli en la globalización es que el crecimiento de las interdependencias y las comunicaciones hace posible pensar en un constitucionalismo mundial.

## Conclusiones

Creo que, a la luz de la fuerte crisis por la que atraviesa el neoconservadurismo en Europa y en los Estados Unidos, parece difícil pensar en un constitucionalismo universal como una de las “posibilidades” dadas por la globalización, como sostiene Ferrajoli. Si a esto le sumamos las duras políticas migratorias europeas y el creciente belicismo estadounidense, esa posibilidad aparece como cada vez más lejana, independientemente de lo que reflejen en cuanto a derechos fundamentales las constituciones de los distintos países que conforman la Unión Europea o la de Estados Unidos, sumidos ambos en la actualidad a las duras políticas de ajuste del FMI y el BM.

Por otra parte, no debemos olvidar que la nueva derecha a nivel mundial se plantea como estrategia una revolución cultural que destrone al actual régimen de partidos, y que esta lucha se da en el plano cultural y en los *massmedia* para un tiempo de reordenamiento de mercado donde desaparezcan las variables de izquierda y derecha como paradigmas de orientación social. En pos de limitar las demandas democráticas y a los Estados de corte social, se ofrece como sustitución un liberal neoconservadurismo y un liberal modernismo, que, más allá de sus divergencias, coincidan en la voluntad de imponer una nueva distribución de la riqueza —cada vez más concentrada—, disciplinar a la mano de obra, descalificar a toda política que se resista a este disciplinamiento y establecer una nueva forma de consenso. Es una amplia operación de reestructuración cultural de gobernabilidad para correr a la sociedad en general hacia la derecha, invisibilizando el proceso. La inédita capacidad tecno-informativa desarrollada es paradigmática para este proceso.

Las estrategias de unidad político-constitucional que permitan un constitucionalismo común son medidas que deberían hacer posible la acción política para los países con sus propias diversidades. Es en este senti-

do que podemos hablar de un constitucionalismo latinoamericano que comprende a las instituciones, organismos, órganos y asociaciones supranacionales que los países de la región crearon por medio de tratados, convenios y acuerdos internacionales que se han obligado a respetar. Ejemplo de esto son la UNASUR y el MERCOSUR, que han significado un gran avance en la acción política conjunta de algunos países latinoamericanos, que los ha hecho más fuertes tanto individual como colectivamente, que abriga objetivos de fuerte contenido social: libertades individuales, reducción de la pobreza, ampliación de la ciudadanía, educación igualitaria, acción conjunta por la paz, etc. Por otro lado, la adhesión de la gran mayoría de los países a la Declaración Americana de Derechos Humanos, al Pacto de San José de Costa Rica, y a las Declaraciones de Derechos Civiles y Políticos y la de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —que, para la Argentina, entre muchos otros países, tienen rango constitucional—, forman un bloque de constitucionalidad que reconoce a un órgano juzgador común, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —previa intervención de la Comisión Interamericana, que es la que presenta los casos a la Corte—.

En cuanto a los derechos sociales en particular, a los cuales Ferrajoli hace reiterada referencia, éstos ya se encontraban plasmados incipientemente en la Constitución mexicana de 1917 y en la Constitución argentina de 1949. Esta última ya reconocía a los tratados con potencias extranjeras como ley suprema de la Nación, a la que debían ceñirse las provincias. En el Capítulo II establecía los derechos, deberes y garantías de la libertad personal, los cuales eran reconocidos a todos los habitantes de la Nación; también se garantizaban todos los derechos civiles a los extranjeros, limitándose los políticos a los cinco años de haber obtenido la nacionalidad. En su Capítulo III se prescribían los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, la educación y la cultura; en el Capítulo IV se establecía la función social de la propiedad: el capital y la actividad económica que, en general, debían beneficiar a todo el pueblo argentino.

Luego del derrocamiento del gobierno constitucional del General Juan Domingo Perón, el 16 de setiembre de 1955, esta Constitución de neto corte social fue abolida por los golpistas.

Antes de terminar quiero destacar el Preámbulo de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que nos recuerda que, antes de la masacre colonizadora en esas tierras, la poblaban diversidad de seres

y culturas. Sigue diciendo que, desde la memoria histórica, construyen un nuevo Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con los principios de soberanía, dignidad y complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución del producto social. Y esto ha de hacerse dejando atrás el Estado colonial, republicano y neoliberal; asumiendo el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario.

Antes de concluir, me parece interesante recordar el artículo de Jorge Carpizo "Derecho constitucional latinoamericano y comparado",<sup>(5)</sup> en el cual pasa revista de las constituciones latinoamericanas en las que los constituyentes plasmaron la idea de tender a la unidad latinoamericana —que son la mayoría—.

Las bases jurídicas están echadas. Falta aún profundizar la acción política que pueda lograr una consciencia común de vernos como compatriotas para poder abrazar una Latinoamérica unida.

En definitiva, la fuerza hegemónica como proceso de construcción histórico, jurídico, económico, social y cultural cuya síntesis sea la Patria Grande Suramericana y Caribeña.



.....

---

(5) CARPIZO, JORGE, "Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 114, UNAM, 2005.

# Una aproximación al *Curso de Derecho Constitucional* de José Manuel Estrada

GERARDO DANIEL ETCHEVERRY<sup>(1)</sup>



## 1. Introducción

José Manuel Estrada fue un profesor, escritor, político y orador argentino nacido en Buenos Aires el 13 de julio de 1842 y muerto en Asunción del Paraguay el 17 de septiembre de 1894. Fue el primer presidente de la Asociación Católica, diputado por la Unión Católica y participó en la fundación de la Unión Cívica. Titular de la cátedra de derecho constitucional en la UBA hasta 1884, y rector del Colegio Nacional de Buenos Aires, fue cesado en sus cargos públicos debido al conflicto entre la Iglesia católica y el Estado, por oponerse a la política estatal.

El *Curso de Derecho Constitucional* fue publicado por su hijo, Alberto Estrada, en el marco de las obras completas, a cuyos tomos VI a VIII corresponden los tomos I a III del *Curso*. Se trata de una obra que fue construida en base al programa de Derecho Constitucional de 1878 a partir de fuentes muy diversas, que incluyen tanto las publicaciones de Estrada en periódicos y revistas —*La Revista de Derecho*, *El Argentino* y la *Revis-*

.....

(1) Abogado (UBA). Funcionario por concurso de la Defensoría General de la Nación. Cursa actualmente la Especialización en Magistratura. Este trabajo se realizó en el marco de la materia "Constitución, Hegemonía y Democracia", en el segundo cuatrimestre de 2013.

ta *Argentina*—, como apuntes taquigráficos tomados por alumnos de sus conferencias e intervenciones parlamentarias o como constituyente.<sup>(2)</sup>

El propósito de este trabajo es trazar un bosquejo de las ideas de Estrada, cuya obra jurídica no ha sido reimpressa en las últimas décadas.<sup>(3)</sup> He decidido centrarme en las líneas generales de su pensamiento sin adentrarme en los análisis de normas legales (o aún constitucionales) específicas, que en muchos casos han cambiado durante el largo siglo transcurrido. Comenzaré por indicar las bases filosóficas del pensamiento del autor; seguiré con su visión sobre el federalismo y la democracia; luego, señalaré el reconocimiento de las particularidades locales, aunque sin romper la tradición de fuerte seguimiento de las concepciones estadounidenses; por último, ampliaré la descripción de su ideología político-jurídica, con especial énfasis en los derechos de mujeres, extranjeros, indios, descendientes de los esclavos africanos y el derecho al sufragio.

Para la confección de este trabajo, he relacionado particularmente este *Curso de Estrada* con el trabajo de Alberto Filippi sobre “Historia e historiografía del léxico jurídico-político y filosófico en la América Hispana”.<sup>(4)</sup>

Dado que se trata de un texto de difícil acceso y que, además, su lectura resulta un relevante ejemplo del lenguaje político de su tiempo, he privilegiado las citas textuales de la obra seleccionada. La presencia de estas abundantes citas me llevó a escribir mis propios comentarios en presente histórico, para minimizar los saltos temporales.

.....

(2) El editor señala que sólo siete de los capítulos corresponden a “la obra definitiva del autor”, publicada como “Curso de Derecho Constitucional” en la *Revista Argentina* a partir de 1880. Gran parte de la obra fue escrita (o pronunciada oralmente) en la década de 1870, como su trabajo sobre el sufragio (1870), su intervención sobre educación en la Convención Constituyente de PBA y el trabajo sobre derechos políticos de los extranjeros (1871), sobre el voto secreto (1873) y el curso público de Instrucción Cívica de 1874. La introducción (referida a la libertad) es la conferencia de apertura del curso de Instrucción Cívica inaugurado en 1869 en el Colegio Nacional. En varias citas he indicado el año al que corresponden; en otros casos, la fecha se encuentra indicada en el cuerpo del trabajo.

(3) Entre las escasas ediciones de la obra de Estrada, tras la republicación de sus obras completas en la década de 1920 (incluyendo la tercera edición de sus *Lecciones de Historia Argentina* en 1925 y la segunda del *Curso de Derecho Constitucional* en 1927), se puede destacar hace unos sesenta años su inclusión en la Selección Especial de la colección de Grandes Escritores Argentinos: ESTRADA, JOSÉ MARÍA, *Discursos selectos*, Bs. As., Jackson, 1953.

(4) FILIPPI, ALBERTO, “Historia e historiografía del léxico jurídico-político y filosófico en la América Hispana”, en Masi Doria y Cascione (comps.), *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e cultura dei giuristi*, Napoli, Satura editrice, 2012. También he consultado otros trabajos del mismo autor, que cito en las respectivas notas y bibliografía.

## 2. Notas sobre las bases filosóficas del pensamiento de Estrada

### 2.1. La religión y el “derecho natural”

El catolicismo hispanoamericano de Estrada surge con claridad del conjunto de la obra.<sup>(5)</sup> A título de ejemplo, transcribiré algunos párrafos que esclarecen especialmente su visión de la religión y el derecho.

“La revelación cristiana es el camino, la verdad y la vida (...) una ley universal, precisa, definida, extensa y comprensiva, que abarca todos los caracteres, relaciones y esferas de actividad del hombre, en su ser solidario y en su ser social: en el gobierno y en la obediencia, en la buena y mala fortuna, en la ciencia y en la economía, y concediendo que no en las formas, naturalmente mudables y acomodaticias, indudablemente en la sustancia y fines de todas las instituciones legales”.<sup>(6)</sup>

“El derecho natural está inmutable, e indefectiblemente fijado en el derecho divino”.<sup>(7)</sup>

### 2.2. La soberanía

La religiosidad de Estrada se manifiesta en su concepto de la soberanía, en el que postula la superioridad divina sobre toda construcción humana.

“Para gobernar un agente libre y racional se requiere una libertad no limitada por ninguna impotencia, y una inteligencia no susceptible de error. La verdadera, primitiva y absoluta soberanía no reside sino en Dios. Él es el principio de toda vida y el dueño de toda fuerza. Sus mandatos son inalterables y sus dones gratuitos”.<sup>(8)</sup>

.....

(5) Uno de sus sucesores en la cátedra de Derecho Constitucional, Aristóbulo del Valle, lo definía como representante de “la más alta cultura de la inteligencia nacional”, aunque reconocía que “con la inspiración de su fe, ponía el orden social, las libertades, los derechos individuales, al amparo de Dios, como padre de toda vida y fuente de la ley universal de los seres, según su conceptuosa expresión”. DEL VALLE, ARISTÓBULO, *Nociones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Dr. A. del Valle por Máximo Castro y Alcides V. Calandrelli*, Bs. As., Ed. Científica y Literaria Argentina, 1927, p. 5. A semejanza del *Curso* de Estrada, es también una obra póstuma, ya que del Valle murió en 1896.

(6) ESTRADA, JOSÉ MANUEL, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, Bs. As., Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1901. p. 43.

(7) ESTRADA, *op. cit.*, p. 44.

(8) ESTRADA, JOSÉ MANUEL, *Curso de Derecho Constitucional*, t. II, Bs. As., Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1902, p. 214.



“...la sociedad religiosa, doméstica y civil, son tres determinaciones de un mismo hecho primitivo, integrante de la sociedad moral que revestimos: la solidaridad del hombre. Armónicas con el destino de la criatura, tienen un poder adecuado a su misión, al cual debe el individuo someterse, como se somete a los principios morales, y en esta condición brilla su excelencia, porque Dios no le exige la sumisión ciega con que las fuerzas físicas obedecen las leyes fisiológicas y mecánicas. Coordinadas entre sí deben equilibrarse, y no se equilibran mejor que respetándose mutuamente su órbita respectiva en toda la plenitud de su libertad”.<sup>(9)</sup>

“Familia, municipio, corporaciones, son (...) centros de gobierno y de disciplina para el hombre, pero estos centros elementales necesitan de un poder que los coordine, y de una ley que regule sus relaciones recíprocas; componen, además, un conjunto, una entidad solidaria, porque se agrupan en territorios extensos, sobre los que cuales ejercen dominio exclusivo, y poseen una personalidad por tener en común, lengua, tradiciones, costumbres e intereses.

“De aquí un nuevo aspecto de la sociabilidad: el Estado, que no es otra cosa sino la sociedad considerada como nación, relativamente a todas las entidades libres de su género, y en cuanto inviste potestad para establecer un orden jurídico que obligue a los individuos y los grupos orgánicos que la forman”.<sup>(10)</sup>

“La potestad gubernativa no es un fin; es el medio de desempeñar una responsabilidad solidaria de la sociedad. Por consiguiente, implica una facultad perteneciente a todos los miembros hábiles de la sociedad”.<sup>(11)</sup>

Esta primacía del elemento divino sobre las acciones humanas lleva necesariamente a Estrada a proponer fuertes límites a la soberanía popular.

.....

(9) ESTRADA, *op. cit.*, p. 217.

(10) *Ibid.*, p. 218.

(11) *Ibid.*, p. 220.

“Que la masa popular tiene una autoridad suprema para fijar, abolir y remplazar todas las reglas exteriores e íntimas de la vida, criar y suprimir derechos, constituir o disolver las familias, abatir o exaltar la Iglesia, definir creencias, fundir las generaciones en moldes caprichosos, aniquilar la tradición peculiar y las costumbres características de cada sociedad y trastornar sus fundamentos consagrando, destruyendo o alterando la propiedad; es una doctrina monstruosa, y tan abominable como las banderas ensangrentadas en que ha sido escrita. Entonces la soberanía del pueblo sería radicalmente ilegítima”.<sup>(12)</sup>

“Por otra parte, el pueblo, en cuanto es número, es una fuerza; y la fuerza no es instrumento adecuado del gobierno de seres racionales”.<sup>(13)</sup>

No es extraño que Estrada se oponga a la elección popular de los jueces. Sus fundamentos son elocuentes:

“[e]s (...) necesario que él [el juez] revista condiciones de carácter, honradez y conocimientos técnicos, que el pueblo no puede apreciar”. Pero, aun cuando existiera “un pueblo donde las masas gocen de una ilustración tal que puedan hacerlo [elegir a los jueces] conscientemente”, Estrada se opondría a esa elección, por considerar que “aumentar demasiado las aplicaciones del sufragio, es (...) incompatible con el bienestar de las sociedades, aun prescindiendo de considerarlo como instrumento de gobierno”.<sup>(14)</sup>

Para Estrada, ...no pertenece al pueblo el cúmulo de autoridad que rige al hombre, según los designios de la Providencia divina; le pertenece tan sólo, dentro de los límites indicados, la autoridad sobre la cual reposan los poderes parciales del Estado”.<sup>(15)</sup>

.....

(12) *Ibid.*, p. 219.

(13) *Ibid.*, p. 220.

(14) ESTRADA, JOSÉ MANUEL, *Curso de Derecho Constitucional*, t. III, Bs. As., Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1902, p. 318.

(15) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, p. 220.

Estrada trata a las sociedades, pueblos y naciones como organismos vivos<sup>(16)</sup> y asegura que “Hay una ley común a cuanto existe: la ley de la conservación y del desarrollo, que obra indistintamente sobre las personas y sobre las sociedades”.<sup>(17)</sup> Por ende, toda nación necesita “defender su independencia que es su primera condición vital”.<sup>(18)</sup> Entre los enemigos internos destaca “La anarquía [que] es un monstruo insidioso y diestro en disfrazarse”;<sup>(19)</sup> sobre las relaciones internacionales, señala que “reciprocidad supone igualdad. Para guardarla con los fuertes por civilización y por riqueza, es indispensable ser civilizados y ricos”.<sup>(20)</sup>

### 2.3. La libertad y los derechos

En una de sus frecuentes críticas a toda forma de soberanía popular plena, Estrada afirma que “La soberanía directa es el reinado multiforme y caprichoso de la multitud, cuya voluntad arrastrada por el vértigo de sus pasiones bruscas, incoercibles, rebeldes a toda regla y a toda lógica, adultera sin tino ni rumbo la justicia, improvisa turbulentamente la ley, la aplica a ciegas y la trastorna sin designio, ultrapasa la meta de la acción social...”.<sup>(21)</sup>

Sin perjuicio de ello, sostiene al comenzar su exposición sobre la libertad que “Toda la ciencia política está contenida en la idea de la libertad”.<sup>(22)</sup>

Su idea de libertad está íntimamente ligada a su visión del cristianismo;<sup>(23)</sup> define “libertad civil” como “la ausencia de toda traba exterior que pudiera oponerse al cumplimiento del deber moral de parte del individuo” y “libertad política” como “el ejercicio de todas las fuerzas, cuya reserva y actividad son necesarias para conservar la responsabilidad”.<sup>(24)</sup>

.....

(16) *Ibid.*, p. 220 (“La sociedad no es una masa ni un mecanismo: es un organismo”) y 222/223.

(17) *Ibid.*, p. 223.

(18) *Ibid.*, p. 223.

(19) *Ibid.*, p. 224.

(20) *Ibid.*, p. 225.

(21) ESTRADA, *Curso...*, t. I, op. cit., p. 5.

(22) *Ibid.*, p. 1.

(23) *Ibid.*, p. 13 y ss.

(24) *Ibid.*, p. 17.

Desde el mismo enfoque religioso, Estrada defiende fuertemente la autoridada del *pater familias*:

“Dios fecunda el amor de los hombres, y reproduce en los hijos, digámoslo así, la sangre y el alma de los padres, pontífices, legisladores y maestros, en cuya mano y cuya mente deposita la semilla de las ideas primeras y de las costumbres infantiles, que modifican la naturaleza y amoldan los caracteres. De ahí, señores, que ninguna autoridad sea superior a la autoridad del padre, porque la fuerza está asociada a la responsabilidad. De ahí la libertad doméstica, la autonomía del hogar”.<sup>(25)</sup>

Es consistente con su visión filosófica al sostener que las leyes no otorgan derechos, sino que se limitan a reconocerlos.<sup>(26)</sup> En el mismo sentido, cuestiona la declaración constitucional de derechos y garantías en función de que

“... hay dos categorías de derechos civiles: la que arranca del derecho natural, la que nace de la ley positiva; y es evidente que se desvía cualquier sistema de instituciones que las confunde, sea abatiendo la más elevada y tornándola, por lo tanto, precaria, sea igualando con ella la que es secundaria, y convirtiendo en principios las reglas pasajeras y acomodaticias que, cuadrando a determinada situación de una sociedad, podrían ser atentatorias y funestas en un estado más sólido o menos imperfecto. Éste es el verdadero vicio de la declaración argentina: coloca en una misma línea de importancia, franquicias cuyo carácter es sumamente desigual...”.<sup>(27)</sup>

Con una cita del jurista estadounidense James Kent,<sup>(28)</sup> Estrada aclara que “Los derechos absolutos de los individuos se reducen al de la seguridad

.....

(25) *Ibid.*, pp. 17/18.

(26) *Ibid.*, p. 23.

(27) *Ibid.*, p. 83.

(28) Nacido en 1763 y muerto en 1847, actuó en Nueva York como abogado, docente universitario, legislador, juez (incluso, entre 1814 y 1823, fue el máximo funcionario judicial de ese Estado) y en 1821 como convencional constituyente. Su principal obra es *Commentaries on American law*, cuatro volúmenes impresos entre 1826 y 1830.

y la libertad de la persona, y al de adquirir propiedad y gozar de ella";<sup>(29)</sup> resulta evidente que Estrada alude a la posibilidad teórica de adquirir propiedad, no a la posibilidad real de acceder a ella.

### 3. Federalismo y democracia

#### 3.1. El federalismo

Indudablemente, Estrada es partidario del federalismo. Sin embargo, reconoce el origen unitario de la Argentina:

"Nuestro desarrollo histórico ha tenido necesariamente el carácter opuesto [al estadounidense], porque lo era nuestro punto de partida: ellos procedían de la diversidad a la unidad nosotros de la unidad a la diversidad. La Revolución nacional no surgió de un acuerdo entre Estados o colonias diversas, sino de la iniciativa de un Cabildo y del pueblo de la Capital, cuyo impulso estaban habituados a obedecer todos los grupos que componían el virreinato centralista".<sup>(30)</sup>

Al comparar "la diversidad de antecedentes, de origen y de marcha en el desenvolvimiento histórico" entre Argentina y los Estados Unidos, Estrada destaca que "Las colonias de Norte América eran absolutamente independientes entre sí; cada una tenía un gobierno propio, leyes y costumbres diversas; se asemejaban por numerosas analogías, pero jurídica e históricamente eran independientes. Todas estaban sujetas a la autoridad real de Inglaterra; pero no existía una autoridad secundaria que ejerciera poder general sobre el cuerpo colonial". Luego recuerda las efímeras y parciales experiencias de unidad antes de la independencia: la Liga de Nueva Inglaterra de 1643 y un Congreso en 1754, ambas por motivos defensivos, hasta

.....

(29) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 83, nota 1.

(30) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, pp. 351/352. Esta visión era compartida por varios doctrinarios. Por ejemplo, Alberdi, quien afirmaba que "la Federación argentina se compone de provincias que por tres siglos formaron un Estado unitario y central, mientras que la Federación de Norte-América es una Unión de creación artificial y reciente, formada de Estados que durante siglos vivieron independientes y separados unos de otros" (ALBERDI, JUAN B., "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853", en *Organización de la Confederación Argentina*, t. I, Madrid, El Ateneo (Buenos Aires), 1913, p. 557). En el mismo sentido, Vélez Sarsfield sostuvo en la sesión constituyente del 7 de mayo de 1860 que "Los Estados Unidos eran provincias o Estados absolutamente independientes unos de otros, con diversa legislación" (AAVV, *Reforma Constitucional de 1860. Textos y documentos fundamentales*, La Plata, Instituto de Historia Argentina "Ricardo Levene", Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 1961, p. 254).

llegar al Congreso de 1765, con representación de nueve de las trece colonias, que finalmente “se transformó en el Congreso de Filadelfia de 1775, que declaró en 1776 la independencia, de donde surgieron los artículos de Confederación de 1776 y la Constitución Federal de 1787”.<sup>(31)</sup>

En contraste con la historia estadounidense, Estrada reconoce que

“(n)o obstante la diversidad de corrientes de migración que habían poblado las provincias que constituyen hoy la República Argentina; no obstante la independencia relativa en que se encontraban en los primeros tiempos de la colonia, mediaban causas —(la conformación del territorio, la unidad de la legislación, la comunidad de intereses, la constitución industrial y mercantil del país)— que hacían de ellas una verdadera unidad social. La fundación del virreinato a fines del siglo pasado,<sup>(32)</sup> transformó esa unidad social en una unidad administrativa”.<sup>(33)</sup>

Esta unidad social y administrativa que Estrada reconoce en el territorio que pasó a conformar la Argentina, Uruguay y Paraguay (reiteradamente omite referirse al Alto Perú, actualmente Bolivia)<sup>(34)</sup> se extiende en realidad a toda la América hispana y, en menor medida, al Brasil (Felipe II de España consiguió para sí el trono de Portugal, aunque la relativa unificación de la Península Ibérica y sus colonias no llegó hasta la mitad del siglo XVII). Filippi, además de destacar la asimetría entre el proceso histórico brasileño y el de la América hispana durante el siglo XIX, destaca la “relación privilegiada y dominante entre etnocentrismo imperialista y oligarquías criollas [que] marcó y protegió las políticas, en el período republicano, de desintegración y de ulterior explotación racista de los pueblos originarios y las poblaciones de origen africano para imponer lo que denomino el ‘etnocentrismo jurídico-político blanco’ en toda la América ibérica”. Asimismo, Filippi señala fundadamente que el “‘nacionalismo’ decimonónico se va forjando por determinantes impulsos externos —específicamente británicos— que acompañan las luchas entre las potencias europeas para .....

(31) *Ibid*, pp. 185/186.

(32) Estrada se refiere al siglo XVIII, durante el período borbónico.

(33) *Ibid*, p. 186.

(34) Estrada recuerda al Alto Perú cuando alude a “la hora venturosa en que han de llegar, mediante Dios, a solicitar su reingreso a la familia argentina nuestros hermanos del Estado Oriental, del Paraguay, de las provincias argentinas de Bolivia, dispersos por las catástrofes y las intrigas”. (ESTRADA, *Curso...*, t. III, *op. cit.*, p. 181).

penetrar el continente aprovechando los distintos conflictos ‘federales’ que azotaron las nuevas repúblicas después de la Independencia”.<sup>(35)</sup>

En numerosas oportunidades Estrada vuelve a estas diferencias históricas para justificar las divergencias entre ambas constituciones. Por ejemplo, con relación a la intervención federal, explica que si “(l)os Estados Unidos no han prometido esfuerzo ni acto alguno de protección a favor de las instituciones de un estado, mientras cada cual tenga un gobierno de forma republicana”,<sup>(36)</sup> es porque, por la existencia previa de los Estados, “la Constitución fue dada para proteger y desarrollar instituciones que estaba definidas y arraigadas”. Por el contrario, en Argentina, “la nación ha preexistido a las provincias; y la Constitución fue dada para crear un orden de justicia y de derecho, de cultura y de libertad civil en el país”. En definitiva, para Estrada los peligros que debían enfrentar las respectivas naciones eran distintos.<sup>(37)</sup>

Estrada considera que “La noción de provincia confirma y completa la noción de municipio; la naturaleza y el papel de ambos son explicados por la misma ley y responden al mismo ideal”.<sup>(38)</sup>

En el mismo sentido,

“... la teoría del gobierno libre y la teoría del gobierno federativo son indiscernibles. Un individuo frente a la prepotencia de una nación compacta es un infusorio en una vorágine, una molécula en la masa de un cuerpo: el total solidario le absorbe; pero robustecedle añadiendo a su dignidad el prestigio de las entidades orgánicas en que naturalmente se afilia, la familia, el municipio, la provincia: tenéis otro hombre, el hombre libre, poderoso contra el conjunto bajo la égida de la ley y que nada tema porque la autoridad que le gobierna está distribuida en una jerarquía compleja”.<sup>(39)</sup>

(35) FILIPPI, ALBERTO, “Bicentenarios: Integración plurinacional y crítica del etnocentrismo nacionalista”, en *Cuadernos Americanos*, n° 132, 2010, pp. 67/68. El punto 1 (pp. 67/73) está dedicado en gran medida a la unidad y desunión de Nuestra América.

(36) ESTRADA, *Curso...*, t. III, *op. cit.*, p. 149.

(37) *Ibid.*, p. 150. No deja de ser revelador del carácter conservador del pensamiento de Estrada que sintetizara los riesgos argentinos en el “peligro de corrupciones políticas y de **transformación del orden social**” (el resaltado me pertenece).

(38) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, p. 317.

(39) *Ibid.*, p. 317.

“En tanto que la pasión que arrastra y la razón que moraliza estén desequilibradas en el hombre, todo respeto entre pueblos soberanos dependerá de la fuerza. El Derecho Internacional es filosofía o es burla: especulación abstracta o envoltura acomodaticia de todas las iniquidades que pueden ser defendidas con pólvora y balas”. Para Estrada, el principio federal “garantiza al pueblo contra los enemigos de fuera sin obligarle a sacrificar sus derechos so pretexto de seguridad”.<sup>(40)</sup>

Estrada sostiene, asimismo, que el federalismo facilita la adaptación a los cambios que puedan ser necesarios, por su flexibilidad, ya que “la perfección de su organismo” lo hace “más acomodaticio a las transformaciones eventuales de la complejidad social. Si a un movimiento de reforma originado en una necesidad viva se opone una fuerza compacta e implacable, la pasión rebosa como una corriente rota contra obstáculos que la atajan sin derribarla”.<sup>(41)</sup>

En síntesis, para Estrada: “La elaboración política ha marchado en la República Argentina de la unidad a la diversidad. La República Argentina no es una nación compuesta de Estados; es un Estado dividido en provincias”.<sup>(42)</sup>

En el mismo sentido, afirma categóricamente que los pactos preexistentes llevaron a la reunión del Congreso constituyente, no a la constitución de la nación “... yo no conozco, señores, ningún pacto celebrado entre las provincias argentinas para constituir la nación”.<sup>(43)</sup> Por ello, “... la Constitución no tiene en cláusula alguna la forma de una estipulación ni de un compromiso; es una ley que todos quedan obligados a obedecer”.<sup>(44)</sup>

“La Constitución nacional no está dada en nombre de entidades soberanas e independientes que quieran vincularse para servir de mancomún a intereses generales y limitados. Está dada en nombre de una entidad que se llama el pueblo de la República Argentina. Además de eso, establece la preeminencia

.....

(40) *Ibid.*, p. 317.

(41) *Ibid.*, p. 350.

(42) *Ibid.*, p. 189.

(43) *Ibid.*, p. 196.

(44) *Ibid.*, p. 194.



cia de la soberanía nacional sobre las soberanías provinciales, de tal suerte que no sólo la Constitución misma, sino todas las leyes que emanan de la autoridad nacional, vienen a formar un compuesto que, según sus términos categóricos, es la ley suprema del país".<sup>(45)</sup>

"[L]a unidad argentina no emana solamente de la Constitución escrita, sino que emana de la Constitución no escrita, de la complejión orgánica del pueblo de la República Argentina; que nuestra federación, por su espíritu y consiguiente tendencia, rechaza las doctrinas eversivas de la escuela jeffersoniana, en punto a los derechos de los Estados y de su facultad, para vetar las leyes del Congreso. (...) Todo conflicto entre autoridades nacionales y autoridades provinciales (...) debe resolverse (...) en ventaja de la nación".<sup>(46)</sup>

Por estos fundamentos rechazan la postura de aquéllos que sostenían que del art. 104 CN<sup>(47)</sup> surge

"que las provincias tienen un poder de gobierno primitivo, que su existencia como unidades políticas es anterior, y por consiguiente superior a la existencia de la entidad política de la nación; de donde se seguiría como regla de interpretación constitucional y para resolver competencias entre las provincias y la nación, que todo conflicto debiera ser desatado en ventaja de las provincias".<sup>(48)</sup>

En la misma línea, la referencia al poder reservado en pactos preexistentes, incorporada en la reforma de 1860, no es para Estrada más que una manera elegante de reconocer el derecho de la provincia de Buenos Aires a legislar su banco estatal, expresamente reconocido en el art. 7 del Pacto del 11 de noviembre de 1859, que "no había sido celebrado entre la provincia de Buenos Aires y varias entidades soberanas para constituir una nacionalidad, había sido celebrado entre la República Argentina y una provincia disidente, para acordar los medios de reducir el antago-

.....

(45) *Ibid.*, pp. 363/364.

(46) *Ibid.*, pp. 204/205.

(47) Este número corresponde a la reforma constitucional de 1860, que le dio su texto definitivo; en 1853 era el art. 101 y, desde la reforma de 1994, es el art. 121.

(48) *Ibid.*, p. 190.

nismo que se había suscitado entre ellas y colocarla bajo el imperio de la Constitución que regía el resto de la nación”.<sup>(49)</sup> Por ende, la fórmula genérica y plural “pactos especiales al tiempo de su incorporación” sólo buscaba evitar el “mal gusto literario” de hacer una cláusula específica para la provincia.<sup>(50)</sup>

“La República Argentina es legalmente denominada una sociedad democrática representativa y federal”. “Las instituciones federativas en este país son indudablemente durables, bajo el punto de vista político y bajo el punto de vista histórico”.<sup>(51)</sup>

“¡Al mismo tiempo que las altas clases de la sociedad se empeñaban en centralizar el gobierno de la República, el caudillaje, las clases bajas, las masas populares se empeñaban en disolver la nación; y ni uno ni otro propósito ha conseguido realizarse jamás!”<sup>(52)</sup> [Ello] “demuestra, que la República Argentina por su índole, no puede ser dispersada, ni ser tampoco absorbida; y por lo tanto, que la organización republicana representativa federal, que la Constitución le ha dado, es la que conviene a sus antecedentes, la que cuadra más a las aspiraciones constantemente manifestadas por el pueblo”.<sup>(53)</sup>

Estrada señala la desproporción poblacional entre Buenos Aires y el resto de las provincias, que tendía a aumentar por la inmigración del exterior y las migraciones internas —por ejemplo, según el censo de 1869, “Santiago del Estero, tenía la tercera parte de su población nativa fuera del territorio de la provincia”—.<sup>(54)</sup> Fiel a su visión organicista, compara este problema con la meningitis: “Si la hubiéramos de denominar según la ilusión de los enfermos, la llamaríamos muerte por exceso de cabeza. Ese es el mal de la República Argentina. Tal es el diagnóstico”.<sup>(55)</sup>

.....

(49) *Ibid.*, p. 192.

(50) *Ibid.*, p. 193.

(51) *Ibid.*, p. 361.

(52) *Ibid.*, p. 362.

(53) *Ibid.*, p. 363.

(54) *Ibid.*, pp. 370/374 (año 1874).

(55) *Ibid.*, p. 375.

Estrada reconoce, por otra parte, que “las provincias argentinas de los primeros tiempos” “Eran más vastas, más ricas”, pero ante la necesidad durante la guerra de independencia de “constituir centros de acción y focos de gobierno militar”, esas localidades fueron reclamando “adquirir igual importancia” y una “especie de autonomía”.<sup>(56)</sup> “La anarquía y el caudillaje hicieron lo demás, cooperando en el sentido de pretensiones quiméricas de las clases cultas”. Por ello, “de las pocas provincias que la formaban antes, ha llegado a formarse el número relativamente enorme que la compone hoy” (catorce), muchas de las cuales carecen “de medios de existencia propia y recursos de vitalidad”.<sup>(57)</sup>

En síntesis, a pesar de sostener que la nación argentina se conformó durante el período centralista colonial, en el marco del Virreinato del Río de la Plata (creado en la última etapa del período borbónico), Estrada es partidario del régimen federal, que considera producto de las guerras de independencia y las guerras civiles posteriores.

### 3.2. La democracia

Estrada asegura que “La democracia es la única forma legítima de gobierno (...) porque afirma los derechos del ciudadano en virtud de los derechos del hombre”.<sup>(58)</sup> Pero, en realidad, su democracia excluye el sufragio femenino (ver el punto 5.4) y, además, Estrada celebra las restricciones de facto para el voto de indios y negros (ver el punto 5.5).

El elogio de Estrada al individualismo estadounidense por el “acatamiento de la moral política y de la ley del deber aplicada a la vida social, la responsabilidad personal, la custodia propia de los intereses y derechos de cada cual...”<sup>(59)</sup> no resiste un análisis crítico.<sup>(60)</sup>

.....

(56) *Ibid.*, p. 382.

(57) *Ibid.*, p. 383.

(58) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 21.

(59) *Ibid.*, pp. 23/24.

(60) Indudablemente, el elogio resulta aún más incomprensible por haber sido pronunciado en 1869, apenas terminada la sangrienta guerra civil y la presidencia de Andrew Johnson —que colaboró a la negación de derechos a los antiguos esclavos—, y en vísperas de las dos presidencias —también célebres por su nivel de corrupción— de Ulysses S. Grant.

## 4. Particularidades argentinas y doctrinas estadounidenses

### 4.1. Estudio de particularidades históricas y socio-económicas de la Argentina

Mientras otros constitucionalistas decimonónicos argentinos se limitan a traducciones de autores norteamericanos, sin valorar las circunstancias locales,<sup>(61)</sup> Estrada no sólo estudia la historia nacional, sino también los factores socio-económicos locales.

Por ejemplo, en el Apéndice K, titulado *Desequilibrio económico, antiguas rivalidades y probable antagonismo futuro entre las provincias del litoral y las provincias mediterráneas* —parte del curso público de Instrucción Cívica de 1874—, se indica que, dado que al menos el 70% de los inmigrantes se quedaban entonces en la provincia de Buenos Aires, existía el riesgo de que esa provincia absorbiera la República entera.<sup>(62)</sup> Luego, al describir la provincia de Buenos Aires, Estrada afirma que “es rebelde hasta hoy día a la agricultura: errores inveterados de sus habitantes, una multitud de circunstancias; razones de clima, o de las condiciones geoló-

(61) Por ejemplo, Alejandro Carrasco Albano publicó en 1865, en Buenos Aires, una traducción de James Kent —*Del Gobierno y Jurisprudencia Constitucional de los Estados Unidos*—, en cuyos antecedentes puede destacarse el propósito de “facilitar un conocimiento más perfecto del sistema político de la gran república del Norte, como la Suprema y única fuente a que debemos apelar los Sud Americanos sobre esta materia” (p. I), con “la protección y liberal acogida” del Presidente Bartolomé Mitre y su Ministro del Interior Dr. Guillermo Rawson, entre otros (p. II) —he actualizado la ortografía de las citas—. Joseph Story también fue traducido reiteradamente: Nicolás Antonio Calvo tradujo, anotó y concordó su *Comentario Abreviado* entre 1860 (primera edición) y 1868 (cuarta edición); José María Cantilo tradujo la *Breve exposición (sic) de la Constitución de los Estados Unidos para el uso de las Clases Superiores de las Escuelas Comunes*, en 1863. Es conocida la admiración de Domingo Faustino Sarmiento por los Estados Unidos; el 7 de mayo de 1860 en una de sus intervenciones como convencional constituyente, reclamó “no salirse de los términos literales, en cuanto era posible, de la Constitución de los Estados Unidos; no porque sea más o menos aplicable a nosotros, sino porque nos vamos a encontrar con una jurisprudencia que a nadie le será permitido decir, yo opino así. Mientras tanto, si no salimos de la letra de la Constitución tenemos a dónde apelar para salir de dudas” (AAVV, *Reforma Constitucional ...*, op. cit., p. 254). Alberdi, a su vez, elogiaba el “sabio modelo” de Story, pero cuestionaba a Sarmiento por usarlo para comentar la constitución de 1853, como si ésta fuese idéntica a la estadounidense (ALBERDI, JUAN B., “Estudios sobre la Constitución...”, op. cit., p. 522). Dalmacio Vélez Sarsfield, a su vez, sostenía acerca de la constitución estadounidense que “Los legisladores argentinos la tomaron por modelo, y sobre ella construyeron la constitución que examinamos; pero no respetaron ese texto sagrado, y una mano ignorante hizo en ella supresiones o alteraciones de grande importancia, pretendiendo mejorarla” (AAVV, *Reforma Constitucional ...*, op. cit., pp. 141/142). Hipólito Yrigoyen, en su escrito de defensa ante la CSJN, en fecha tan tardía como el 27 de abril de 1931, se fundó centralmente en Story.

(62) ESTRADA, *Curso...*, t. II, op. cit., p. 376.

gicas del suelo, ¿qué se yo? han hecho que no sea una provincia agrícola. Produce espléndida y abundantemente el trigo. Sin embargo, comemos pan amasado con harina de Norte América".<sup>(63)</sup>

Estrada destaca asimismo que la provincia de Buenos Aires (que incluía entonces la ciudad homónima) "produce las  $\frac{3}{4}$  partes de la renta del gobierno nacional" y "de la  $\frac{1}{4}$  parte restante, las  $\frac{2}{3}$  pertenecen a las provincias del litoral"; "muchísimas de las provincias del interior carecen de vitalidad bastante para sufragar los gastos que supone la conservación del gobierno local".<sup>(64)</sup> Por ello, "hay provincias que necesitan recibir subvenciones del gobierno nacional para mantener en pie la administración".<sup>(65)</sup>

Dado que las cuatro provincias litorales tienen similar población que las otras diez entonces existentes y, además, más concentrada en centros urbanos,<sup>(66)</sup> Estrada asegura que "Es llano que explotadores y explotados sean antagonistas entre sí; y una vez que exista el antagonismo, existe la lucha; en ella prepondera el más fuerte; y el más fuerte es el litoral".<sup>(67)</sup>

Al referirse a los tiempos coloniales, Estrada sostiene que los peninsulares monopolizaban

"la influencia en la administración y el gobierno, encabezados por funcionarios sin vínculo con la sociedad que regían y que desempeñaban su cargo bajo dos móviles insanos: conservar el sistema de extorsiones que constituían el régimen económico de las colonias hispano-americanas; acreditarse para lograr posiciones más ventajosas en su carrera, por el celo desplegado en servir los intereses egoístas de la metrópoli, aún con perjuicio de conveniencias y derechos totalmente secundarios para ellos".

.....

(63) *Ibid.*, p. 377. Esta afirmación, hoy sorprendente (aunque podría volver a ser cierta de continuar el avance de la soja sobre el resto de los cultivos), muestra la variabilidad de las circunstancias socio-económicas, que obliga a investigar cuáles eran en el pasado.

(64) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, p. 377.

(65) *Ibid.*, p. 378.

(66) *Ibid.*, pp. 378/381.

(67) *Ibid.*, p. 381.

Conservaban “la condición subalterna de las sociedades coloniales”, situación que Estrada confronta con “la solidez” del imperio británico (en plena expansión victoriana, cuando alcanzó su máxima extensión geográfica y poder económico y militar).<sup>(68)</sup>

Luego, desde el 25 de mayo de 1810, “los criollos adquirieron el poder gobernante y despojaron a los españoles europeos, no sólo de su injusto privilegio, sino al mismo tiempo de toda influencia en el manejo de los negocios públicos”.<sup>(69)</sup> Esta afirmación es parcialmente inexacta, ya que dos de los nueve miembros de la Primera Junta de Gobierno eran españoles peninsulares; más exacto resulta Estrada al señalar que el “resultado inmediato, hasta la declaración de la independencia en 1816, fue invertir el rango que relativamente ocupaban los españoles americanos y europeos”.<sup>(70)</sup>

Estrada afirma que, a diferencia de Estados Unidos, “Nosotros no tenemos una población desbordante; no tenemos territorios poblados por razas civilizadas; y durante mucho tiempo, será felicidad suma para la República si, viviendo en paz y siendo bien administrada, llega a lo menos, a condensar la población de las provincias, a hacer de ellas cuerpos políticos verdaderamente capaces de autonomía”.<sup>(71)</sup>

Por ello —prosigue—, las normas argentinas sobre territorios nacionales no tienen “por objeto gobernar territorios cuya población esté creciendo”, sino que son “acto de autoridad encaminado a resguardar derechos territoriales de la República”, ya que “el territorio del Chaco es un territorio indio, que sólo tiene un núcleo de población blanca y civilizada en Villa Occidental; y el de la Patagonia es, pura y exclusivamente indio; puesto que la ley reciente que crea su gobierno le da por asiento el pueblo del Carmen de Patagones, que no pertenece al territorio de la Patagonia, propiamente dicho, sino a la provincia de Buenos Aires”.<sup>(72)</sup>

.....

(68) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 96. En realidad, el imperio español en América fue mucho más duradero que el imperio británico, lo que desmiente la observación de Estrada.

(69) *Ibid.*, p. 100.

(70) *Ibid.*

(71) ESTRADA, *Curso...*, t. III, *op. cit.*, pp. 171/172.

(72) *Ibid.*, p. 172/173.

En contraposición con su defensa del federalismo, Estrada sostiene la necesidad de reincorporación de Uruguay y Paraguay a la actual República Argentina:

“La República Argentina no está íntegra: el Paraguay es una provincia argentina: la República del Uruguay es otra provincia argentina. La declaración de la independencia y su reconocimiento de parte de este país de una y otra de esas secciones del antiguo virreinato del Río de la Plata, no son otra cosa sino una emergencia de la revolución, una peripecia en el drama biológico de la nacionalidad.

“Yo no sé cuando, pero sé que algún día, porque todos los días tienen que llegar cuando en ellos se cumple una ley de la naturaleza, de la historia, y de la lógica moral de los hechos, —esas dos provincias tienen que reincorporarse a la República Argentina; o de otra manera, la nacionalidad tienen que ser reintegrada con esos dos preciosos fragmentos de su ser, que la intriga y la ambición del extranjero, la anarquía interior y las vicisitudes de su existencia tormentosa le han arrancado desgarrándola”.<sup>(73)</sup>

Esta postura puede vincularse a la reciente guerra de la Triple Alianza<sup>(74)</sup> y a la interacción recíproca entre las guerras civiles argentinas y uruguayas a lo largo de ese siglo. Si Estrada se fundara realmente en la breve pertenencia común al virreinato del Río de la Plata (cuya existencia no alcanzó los cuarenta años), la omisión de Bolivia (el antiguo Alto Perú) entre los territorios a reunificar resultaría inexplicable.

#### 4.2. *Contradictoria aplicación de normativa estadounidense*

A pesar de tener en cuenta las particularidades argentinas, frecuentemente Estrada termina aplicando a nuestro país la normativa estadounidense. Así, en materia de intervenciones federales, tras cuestionar la normativa

.....

(73) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, pp. 386/387 (año 1874).

(74) En este punto, resulta conveniente señalar el contraste con la postura de Alberdi, quien ya en mayo de 1865 publicó en París un folleto crítico de la guerra contra el Paraguay titulado “Las disensiones de las Repúblicas del plata y las maquinaciones del Brasil”. Por otra parte, Alberdi atribuía la separación del Paraguay y “Montevideo” al “anhelo de extender el ascendiente central de Buenos Aires a las provincias” y, expresamente en el caso paraguayo, sostenía que el Paraguay empezó por ser independiente de Buenos Aires, y acabó por serlo de la República Argentina” (ALBERDI, JUAN B., “De la Integridad nacional de la República Argentina, bajo todos sus gobiernos”, en *Organización...*, *op. cit.*, pp. 498/499).

local,<sup>(75)</sup> sostiene que "... hemos de atenernos, ya que no a otras fuentes de derecho comparado, en las cuales no es posible hallar luz, para que nos alumbre el paso, al texto de la Constitución y a la fuente originaria de la materia, es decir, al texto constitucional, y a los estatutos y jurisprudencia de los Estados Unidos de Norte América".<sup>(76)</sup>

Asimismo, tras afirmar que "... el gobierno federal de la República Argentina tiene mayor libertad de acción que el de los Estados Unidos para adquirir territorios dentro de las provincias", ya que no requiere "el consentimiento de los Estados en que se encuentra el sitio que el gobierno federal quiere adquirir",<sup>(77)</sup> Estrada sostiene no obstante que "entre ambos textos existe" afinidad suficiente para aplicar en Argentina "las reglas aceptadas en los Estados Unidos".<sup>(78)</sup>

Igualmente, al tratar sobre la administración y régimen de los territorios nacionales, Estrada se remite nuevamente a Estados Unidos de Norte América, sobre cuya normativa se extiende largamente,<sup>(79)</sup> hasta el punto de que, tras recomendar su organización "encaminando su régimen a preparar la conversión del territorio en provincias", "bajo el principio de la descentralización",<sup>(80)</sup> retorna a los ejemplos estadounidenses, incluyendo la posibilidad de adquirir territorios extranjeros.<sup>(81)</sup>

## 5. Otros aspectos de la ideología jurídico-política de Estrada

### 5.1. Héroes y villanos

En general, Estrada diferencia netamente entre los héroes o próceres a los que elogia y los villanos a quienes condena o desprecia. Entre los primeros coloca a los "hombres del partido federal", entre los que no incluye

.....

(75) ESTRADA, *Curso...*, t. III, *op. cit.*, pp. 143/144.

(76) *Ibid.*, pp. 144/145.

(77) *Ibid.*, p. 163.

(78) *Ibid.*, p. 164.

(79) *Ibid.*, pp. 167/171.

(80) *Ibid.*, p. 174.

(81) *Ibid.*, pp. 174/179.



los caudillos más conocidos;<sup>(82)</sup> destaca el proyecto federal de revolución de Juan José Passo (sic.) ante la asamblea de 1825-1827;<sup>(83)</sup> elogia a Mariano Moreno ("ilustre", "demócrata") y se suma a las sospechas sobre su muerte;<sup>(84)</sup> asegura que durante las guerras civiles "ni la corrupción ni el terror alcanzó hasta la provincia de Corrientes", con una infaltable referencia religiosa, a la Iglesia de la Cruz del Milagro.<sup>(85)</sup> No ahorra tampoco críticas a la revolución francesa,<sup>(86)</sup> a los grupos anarquistas o socialistas y al pueblo en general (algunas de las cuales he transcripto en el presente artículo).

Entre los villanos (o, al menos, los actores individuales o colectivos fuertemente cuestionados) se encuentran algunos habituales en los historiadores tradicionales, mientras que otros son más originales. Entre estos últimos se destaca el Cuerpo de Patricios, criticado en estos términos: "¿Qué significa el patriciado? Significa una clase privilegiada: significa una clase que se cree con derecho a dominar sobre todas las demás fracciones del pueblo. El patriciado bonaerense que aspiraba a ejercer un influjo semejante que el patriciado romano, reunía todas las circunstancias agravantes de ser un patriciado armado".<sup>(87)</sup> La caracterización del 25 de mayo de 1810 como un mero plebiscito del vecindario de la ciudad de Buenos Aires<sup>(88)</sup> está estrechamente vinculada con la crítica de Estrada a los patricios, como unidad militar que apoyó esa decisión política.<sup>(89)</sup>

Al referirse a la Provincia de Santa Fe, que "estaba exenta de este movimiento civilizador" que alcanzó el resto del litoral porque "permaneció bajo la influencia de los caudillos" (el destinatario tácito de esta crítica es

.....

(82) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, pp. 383/384.

(83) *Ibid.*, pp. 384/385.

(84) *Ibid.*, pp. 393/394.

(85) *Ibid.*, pp. 403/404.

(86) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, pp. 8/9.

(87) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, p. 395.

(88) *Ibid.*, p. 391. Alberdi, en sintonía, criticó el Cabildo Abierto del 22 de mayo afirmando que "Una cuestión de Nación no podía ser resuelta por el municipio de una ciudad" (ALBERDI, J. B., "De la integridad...", *op. cit.*, p. 493).

(89) Recientemente se ha publicado una monografía sobre el Cuerpo de Patricios como organización política: HARARI, FABIÁN, *Hacendados en armas. El Cuerpo de Patricios, de las Invasiones Inglesas a la Revolución (1806-1810)*, Bs. As., Razón y Revolución, 2009.

Estanislao López, quien gobernó esa provincia entre 1818 y 1838), Estrada se ubica en carriles más tradicionales.<sup>(90)</sup> En la crítica al político chileno José Miguel Carrera, a quien pinta como cínico aventurero<sup>(91)</sup> y define como “una causa de perturbación, extraña al choque de las pasiones propias del país y de los movimientos de sus relaciones internas”, le imputa inclusive la ausencia de avances hacia una constitución en 1822.<sup>(92)</sup> Evidentemente, la referencia a la extrañeza del accionar de Carrera indica que, para Estrada, él no merece los mismos derechos políticos que busca garantizar a los europeos extranjeros (ver el punto 5.3). A pesar de reiteradas críticas a Artigas<sup>(93)</sup> y sus seguidores, les reconoce su rol en la revolución en la Banda Oriental: “la muchedumbre campesina, los ignorantes, los dispersos, los parias del colonialismo, como los parias de la libertad, los gauchos, los perseguidos, los desheredados, la democracia campesina, en una palabra, fue el verdadero agente de la revolución allí”.<sup>(94)</sup> Con relación a Bernardino Rivadavia, Estrada formula una distinción entre el “hombre noble y bueno” y “la obra”, que cuestiona —por ejemplo, debido a su centralismo—. <sup>(95)</sup> En cambio, Juan Manuel de Rosas aparece como “atroz”, “levantado por fuerzas sombrías y odiosas, desde las últimas heces de la sociedad”. <sup>(96)</sup>

En definitiva, el federalismo de Estrada no trae aparejada una modificación del panteón de héroes característico de la visión liberal de la historia (excepto por su crítica al patriciado porteño).

## 5.2. El sufragio

El resumen de la posición de Estrada es que “El sufragio es un derecho inalienable que debe ser ejercido, sin condiciones artificiales, al respecto de sus agentes, ni respecto del valor proporcional de los votos que ellos

.....

(90) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, p. 402. Los caudillos fueron denostados por gran parte de los historiadores contemporáneos de Estrada, muchos de los cuales también eran políticos: Bartolomé Mitre y Domingo F. Sarmiento son probablemente los ejemplos más conocidos.

(91) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 104.

(92) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, pp. 404/405.

(93) Alberdi, a contracorriente de la posición de Estrada, entonces mayoritaria, reivindicó a Artigas (ALBERDI, J. B., “De la integridad...”, *op. cit.*, pp. 499/500).

(94) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, pp. 398/399.

(95) *Ibid.*, pp. 409/418.

(96) *Ibid.*, p. 418.

emitan, por todos los varones adultos incorporados a la ciudadanía, sea natural, sea adquirida".<sup>(97)</sup>

Para Estrada, el sufragio en la Inglaterra victoriana no es un derecho, sino "una prerrogativa" o "una función pública", lo que podía hacer razonable su publicidad, como proponía John Stuart Mill, a pesar de lo cual ese Estado también había adoptado el voto secreto, "repugnado hasta que la convicción se lo ha impuesto, malgrado de las excelentes razones teóricas alegadas para rechazarlo".<sup>(98)</sup>

Por el contrario,

"en un gobierno republicano representativo, la soberanía es popular, y el sufragio un derecho inherente a la calidad de ciudadano, como la ciudadanía es la condición natural de todos los hombres que nacen bajo su bandera. [Por ende, e]l voto público es la fuente de todos los poderes, entidad primitiva, elemental, que ninguna ley puede suprimir ni restringir, a no ser violando por un acto temerario de despotismo los fundamentos de las instituciones republicanas".<sup>(99)</sup>

Se manifiesta partidario del voto secreto desde el punto de vista pragmático, pero no lo considera una cuestión de principios:

"El voto secreto, que no es en sí mismo ni bueno ni malo, porque ni compromete ni se deriva de principio alguno, es una garantía para la libertad electoral cuando influencias políticas o sociales o vicios inveterados en la conducta de los partidos, ponen en peligro la espontaneidad con que deben manifestarse las opiniones de todos los que le ley reconoce en posesión del derecho del sufragio".<sup>(100)</sup>

Estrada expresa asimismo que, con el sistema entonces vigente, los centros de los comicios quedan convertidos en "campos de batalla", "alejando de la vida política, a los que no tienen vocación de terroristas".<sup>(101)</sup>

(97) *Ibid.*, p. 338 (año 1870).

(98) *Ibid.*, pp. 339/341.

(99) *Ibid.*, pp. 340/341.

(100) *Ibid.*, pp. 342/343.

(101) *Ibid.*, p. 342.

Asegura que “la libertad del sufragio es oprimida en este país”, invocando el punto de vista de “los mendocinos”, “los hombres de partido”, “la gente pacífica” (“...no es cobarde el hombre que tiene conciencia de sus derechos y de sus funciones, y rehúsa acudir a los comicios cuando se expone a morir miserablemente como una rata”), “los campesinos” (a los que propone retóricamente consultar “pero aparte, en secreto, donde no les oigan ni patronos ni capataces”) y termina haciendo referencia a “lo que significan ciertas obras públicas, acometidas en vísperas de elecciones, en que se invierten millones, pagados por justos y pecadores”.<sup>(102)</sup>

### 5.3. Los extranjeros

En general, Estrada es partidario de conceder derechos a los extranjeros, posición que funda en la necesidad de poblar la Argentina y, doctrinariamente, en Immanuel Kant.<sup>(103)</sup> Incluso, en una larga nota al pie, sostiene criterios restrictivos hacia la expulsión de extranjeros, que sólo la justifica si su país de origen entrara en conflicto con Argentina.<sup>(104)</sup> De haber vivido en 1902, ¿se habría opuesto Estrada a la ley 4144 de Residencia, por contradecir sus posturas, o habría primado su odio hacia los cuestionadores del orden establecido? Estrada sostiene que el gobierno municipal y el nacional sólo se diferencian en su escala.<sup>(105)</sup> Asimismo, afirma que “No cabe duda de que el derecho municipal es nulo cuando no tiene por apoyo y por agente todos los elementos activos de la sociedad, y este principio irrecusable jamás fue negado por pueblo alguno del mundo en el cual hayan imperado sentimientos de libertad”.<sup>(106)</sup>

De estas afirmaciones surge su posición favorable al reconocimiento de derechos políticos a los extranjeros, aunque los fundamentos que luego desarrolla son claramente discriminatorios:

“Ni la inmigración napolitana, ni la gallega, ni la asturiana, ni la irlandesa que aventaja a las otras en capacidad de trabajo, ni la genovesa distinguida por su habilidad para la navegación,

.....

(102) *Ibid.*, pp. 343/344 (año 1873).

(103) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 75.

(104) *Ibid.*, p. 76.

(105) *Ibid.*, pp. 301/302.

(106) *Ibid.*, p. 302.

ni la piemontesa, que lo es para los asuntos agrícolas, ni aún la vasca, que supera a los irlandeses en su sobriedad, a los gallegos en inteligencia, a los naturales en economía y a los italianos en generosidad, ninguna de estas masas incorpora una idea al caudal de la civilización común, ni el menor elemento moral a las fuerzas políticas del país. La masa oriunda es un guarismo de barbarie y la masa inmigrante es su coeficiente".<sup>(107)</sup>

En síntesis, Estrada considera que si bien la masa extranjera es ignorante, también lo es la local.<sup>(108)</sup>

En idéntico sentido, Estrada se pregunta: "¿se ha perturbado la unión americana el día en que la última reforma constitucional ha convertido en ciudadanos los negros libertos por la valiente revolución de Lincoln? ¿Eran superiores los esclavos de las plantaciones de la Carolina a cualquier muchedumbre de este mundo?".<sup>(109)</sup> Algunas páginas más adelante, aclara el motivo de su apoyo al voto de los extranjeros (que él presume europeos): "¡Feliz el pueblo que, careciendo de elementos liberales, los recibiera de otra parte, y bendita la colonización que se los diera!".<sup>(110)</sup> Estrada muestra aquí su pertenencia a la larga lista de intelectuales críticos de la población local, deseosos de reemplazarla por inmigración europea (o estadounidense de origen europeo), como Domingo Faustino Sarmiento, Juan Bautista Alberdi y José Ingenieros.<sup>(111)</sup>

Aún más evidente es su posición cuando afirma que "El gobierno democrático es el gobierno de todos ejercido por los mejores", en la misma página en la que muestra su racismo eurocéntrico al referirse a "una sociedad enriquecida con elementos superiores a los naturales, como los que condujo Cortés a Méjico...".<sup>(112)</sup>

.....

(107) *Ibid.*, p. 307.

(108) *Ibid.*, p. 308.

(109) *Ibid.*, p. 309.

(110) *Ibid.*, p. 314.

(111) FILIPPI, ALBERTO, "Historia e historiografía...", *op. cit.*, punto IV: "El léxico jurídico-político del etnocentrismo en la edad oligárquico-republicana: Juan Bautista Alberdi y José Ingenieros"; la propia constitución argentina consagró ese criterio al estipular el fomento de la inmigración europea.

(112) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 308.

En cambio, la propuesta de Estrada de que los extranjeros puedan tener ciudadanía sucesivas o alternativas según su domicilio actual,<sup>(113)</sup> es innovadora para su tiempo y muestra gran semejanza con los actuales acuerdos sobre doble ciudadanía.

#### 5.4. La mujer y sus derechos

En 1870, Estrada se opone categóricamente al voto de las mujeres. Sus argumentos merecen ser reproducidos: "... el derecho electoral no debe, no puede ser conferido a las mujeres, las cuales no lo poseen naturalmente, sin que peligre la democracia, la libertad, el orden impuesto por Dios a las sociedades humanas".<sup>(114)</sup>

Estrada afirma que esta prohibición "surge de la naturaleza la unidad y la indisolubilidad del matrimonio, destruyendo todas las doctrinas que se le oponen", de lo que se sigue "la constitución de la familia como condición del orden y forma primaria de la sociedad". La mujer "comparte con el varón la soberanía del mundo; él gobierna en el vasto terreno de la política y la vida pública: ella gobierna desde el hogar. Las funciones domésticas de la mujer son incompatibles con las funciones políticas que se le quiere atribuir: aquéllas son naturales, éstas son artificiales: aquéllas son las verdaderas, por consecuencia, y éstas las falsas".<sup>(115)</sup>

"No queremos chancear, y por lo tanto, no preguntaremos qué giro tomaría una joven en la edad de las ilusiones, de la abnegada pasión y del fantaseo dominante, entre su partido y su novio? (...) Supongamos los derechos políticos de la mujer, y veremos que ha de producirse irremediamente uno de estos dos fenómenos: o la esposa se adhiere a las opiniones de su marido, y entonces la familia no tiene sino una, y puede ser representada por un voto como en la organización presente de la sociedad, que no implica el peligro de alejarla de la cuna de sus hijos; o bien se separará de ella, y las exasperaciones de la pasión de partido introducirán la semilla nefanda de la anarquía en el hogar, dispersando lo que Dios unió; desolando el alma del niño que busca en la mirada de sus padres la fuerza y la alegría por

.....

(113) *Ibid.*, p. 323.

(114) ESTRADA, *Curso...*, t. II, *op. cit.*, p. 338.

(115) *Ibid.*, p. 336.

la comunión del amor expresada en la sonrisa y en la plácida delicia de su unión, de sus recuerdos, de sus amarguras y de sus esperanzas".<sup>(116)</sup>

### **5.5. Indios y negros: una visión desde el "etnocentrismo jurídico-político criollo"**<sup>(117)</sup>

Estrada trata la condición jurídico-social de los nativos de América y de los descendientes de esclavos africanos en diversos puntos del capítulo II del Curso (publicado en 1880), como los titulados *Composición de la sociedad colonial*,<sup>(118)</sup> *Libertad de los esclavos*<sup>(119)</sup> y la *Condición de los indios*.<sup>(120)</sup>

El autor reconoce que "La conquista (...) produjo una sociedad heterogénea en su composición etnológica", al unir blancos con indios y luego con negros.<sup>(121)</sup>

Luego expone que una porción de los indios "se conservó en el estado de guerra o de recelosa hostilidad en que hasta hoy día se mantiene".<sup>(122)</sup>

"Otra fue incorporada a las poblaciones de los conquistadores y se mezcló con la raza blanca y la negra. Los mestizos de indio y negro jamás han podido elevarse en el nivel social de la ínfima escala de la domesticidad y del trabajo servil. Los mestizos de indio y blanco, han soportado igual destino hasta la tercera o cuarta cruz, pero han compartido el papel preponderante de los blancos sobre todo en las provincias mediterráneas, cuando se ha debilitado el rasgo de su origen. La tercera porción fue reducida a la cultura por los misioneros franciscanos y jesuitas (...) La última porción se afocaba (sic) en los pueblos de indios fundados en virtud de las ordenanzas de Felipe II, y por medio de

.....

(116) *Ibid.*, p. 337.

(117) El concepto de "etnocentrismo jurídico-político blanco" (o criollo) es trabajado por Alberto Filippi en diversas obras. FILIPPI, ALBERTO, "Bicentenarios...", *op. cit.*, p. 67.

(118) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, pp. 93/95.

(119) *Ibid.*, pp. 101/103.

(120) *Ibid.*, pp. 103/105.

(121) *Ibid.*, p. 93.

(122) *Ibid.*, p. 93.

transmigraciones violentas, como los quilmes, en la vecindad de Buenos Aires. Eran benignas las leyes que regían esta porción de los indígenas, pero los hechos eran contrarios a las leyes".<sup>(123)</sup>

Más adelante, Estrada realiza una afirmación inexacta, al sostener que "La nación ha conservado la misma actitud que los gobiernos coloniales respecto de los indios independientes, no obstante la promesa de reducirlos pacíficamente, contenida en el Constitución (art. 67, inc. 15)".<sup>(124)</sup> En realidad, los Estados que sucedieron a la colonia modificaron sustancialmente la legislación y actitud hacia los indígenas, abandonaron los sistemas de protección de época hispánica y tendieron a privarlos de sus tierras y negarles toda autonomía.<sup>(125)</sup> Por supuesto, hubo honrosas excepciones, como la política ejecutada por Juan José Castelli en el Alto Perú,<sup>(126)</sup> pero no constituyeron la línea principal de acción en ninguna de nuestras repúblicas (la referencia a la reducción pacífica sobrevivió en la Constitución hasta 1994, cuando ya había sido largamente abandonada a nivel teórico y práctico, nacional e internacionalmente).

Estrada afirma que "el problema de seguridad y expansión de la vida civilizada que suscita su presencia en los vastos territorios en que dominan, ha sido singularmente complicado después de la revolución";<sup>(127)</sup> de esa manera justifica la contemporánea conquista militar del pretendido "desierto" patagónico.<sup>(128)</sup>

.....

(123) *Ibid.*, p. 93/94.

(124) *Ibid.*, p. 103.

(125) FILIPPI, ALBERTO, "La lucha por los derechos y su defensa en América hispana: una larguísima construcción histórica que comienza en Santo Domingo (1511)", en *Actas del II Congreso Nacional de Defensa Pública*, Santo Domingo, Ediciones del Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 2008, especialmente puntos I, III y IV; *Introducción general a Principios generales del derecho latinoamericano*, Bs. As., Eudeba, 2009, p. 23; "Historia e historiografía...", *op. cit.*, puntos II y IV.

(126) FILIPPI, ALBERTO, "Historia e historiografía...", *op. cit.*, punto IV.

(127) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 103.

(128) Estrada se abstiene de utilizar el lenguaje de exterminio frecuente en el modelo estadounidense: "Dada la tenacidad de la determinación de los indios para retener su histórica forma de vida y la feroz valentía militar de las tribus de los llanos, el medio menos costoso en vidas blancas para destruir su potencial militar era probablemente exterminarlos como gente". Este historiador trataba de justificar a los generales Grant y Sherman —cuyos llamados al exterminio cita expresamente—, pero también de explicar la "desilusión" en Vietnam (WEIGLEY, RUSSEL F., "Un examen del Ejército", en *Military Review*, febrero 1972, pp. 64/65).



Atribuye el pretendido agravamiento del problema indígena a “tres causas principales”:

“el contacto de los bárbaros [así llama a los pueblos originarios] con las poblaciones fronterizas que les transmiten recursos de acción y ejemplos que desacreditan la cultura, fuera de exasperarlos con extorsiones y estafas inspiradas por una sórdida codicia”; [la presencia en los] “aduares [de] una multitud de cristianos apóstatas [otra vez la religión], fugitivos de la justicia, de la disciplina de una existencia culta, o de las opresiones de gobiernos irregulares, todos los cuales añaden a su astucia nativa y a sus rencores, el conocimiento de los hábitos campesinos, de las armas y de la estrategia de nuestros ejércitos”; por último, “el cinismo de las facciones políticas que los han incorporado, desde las aventuras de José Miguel Carrera, como elementos de guerra, a los movimientos anárquicos y a las contiendas intestinas de la República”.<sup>(129)</sup>

Estrada asegura que los indios mezclados con la población blanca “continúan viviendo en las condiciones de una raza inferior”, en tanto que los mestizos “desdeñan de su consanguinidad y procuran ocultar su común estirpe”.<sup>(130)</sup> Afirma además que “Las costumbres no han seguido el movimiento de la legislación”, ya que “En el terreno legal, los indios han sido elevados al nivel de los blancos desde los primeros años de la autonomía argentina”. En 1813 se declararon “lenguas nacionales, lo mismo que el castellano, el quichua, el aimará y el guaraní”, se abolieron los tributos y las mitas e incluso “se les reconoció un derecho político idéntico al de los blancos y de los negros libres”.<sup>(131)</sup>

Por su parte, “Los negros fueron introducidos en su condición de esclavos”. Si bien Estrada critica la esclavitud, a la que caracteriza como “una incrustación de barbarie”, señala que en la América hispana no tuvo “los caracteres feroces que ha revestido en otras” sociedades,<sup>(132)</sup> circunstancia que sólo es parcialmente cierta.<sup>(133)</sup> Asimismo, este autor sostiene que

.....

(129) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 104.

(130) *Ibid.*, pp. 104-105.

(131) *Ibid.*, p. 105.

(132) *Ibid.*, p. 95.

(133) FILIPPI, ALBERTO, “La lucha por los derechos...”, *op. cit.*, punto V.

“La emancipación de los esclavos fue acometida desde temprano”; el 25 de mayo de 1811 se manumitió cierto número de esclavos, “el triunvirato de 1812 prohibió formalmente el tráfico negrero, declarando que las expediciones que llagaran del 25 de mayo de 1813 en adelante, serían confiscadas para volver a la libertad los esclavos, cuidando el gobierno de aplicarlos a ocupaciones útiles”; la Asamblea Constituyente declaró libres a todos los nacidos desde el 31 de enero de 1813 o que nacieren en adelante en el territorio, como así también a todo esclavo que fuera introducido aquí, además de reglamentar el patronato y la educación de los libertos por sus antiguos amos durante su minoría.<sup>(134)</sup> No puede desdeñar Estrada el rol de “los africanos y sus descendientes, concurriendo con su sangre a consolidar la independencia nacional”.<sup>(135)</sup>

Pero este elogio no debe engañar al lector. En una nota al pie,<sup>(136)</sup> Estrada, que en otros textos incluidos en este *Curso de Derecho Constitucional* critica la doblez de sus adversarios políticos y defiende el sufragio universal de todos los hombres adultos (aún los antiguos esclavos), se contradice y elogia las maniobras realizadas para impedir que el voto de indios y negros, al que tachaba de “derecho nominal, (...) sirviendo para la contemplación teórica y las jactancias declamatorias”, “concluyera por hacer imperar en el Estado el elemento inculto de la sociedad”.

### 5.6. Inexistencia de una aristocracia rioplatense

Para Estrada,

“[l]os primeros pactos nacionales atribuían a la emancipación política del Río de la Plata, el designio de reivindicar los derechos de las razas autóctonas usurpados por la España, y no pocos publicistas y gobernantes han adherido, al menos du-

(134) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 101. Sin perjuicio de las medidas señaladas por Estrada, la esclavitud persistió en nuestro país hasta después de la sanción de la Constitución Nacional (y aún más tarde en otros países de la región). Simón Bolívar, en cumplimiento del compromiso asumido con Alexandre Pétion, presidente de Haití —de una parte del país, ya que la otra era regida por Christophe— intentó reiteradas veces —por ejemplo, en el decreto de libertad absoluta de los esclavos dictado en Carúpano (Venezuela) el 2 de junio de 1816 y en el discurso sobre el proyecto de Constitución para la república de Bolivia de 1826 (FILIPPI, ALBERTO, *Introducción general...*, *op. cit.*, p. 27; “Historia e historiografía...”, *op. cit.*, pp. 80/81)— abolir la esclavitud en los países que liberó; su esfuerzo fue combatido por los sectores dominantes, que triunfaron en la disputa.

(135) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 103.

(136) *Ibid.*, p. 105, nota 1,.

rante el período de la guerra, a ese concepto declamatorio e histórica y jurídicamente falso.<sup>(137)</sup> En 1810 fueron cambiadas las condiciones políticas del Río de la Plata, pero sin que se alterara sustancialmente el tipo de la sociedad emancipada, que tiene origen en la ocupación del territorio y el sometimiento de sus pobladores al imperio de la raza blanca y civilizada”.<sup>(138)</sup>

Según el autor, esta situación no generó en nuestro país una sociedad de castas debido a la incompatibilidad de ésta con la doctrina cristiana, “fuente de nuestra civilización”,<sup>(139)</sup> el “imperio de una aristocracia” era a su vez imposible por no darse las dos condiciones necesarias: “la roturación completa del territorio” y “la residencia de los grandes propietarios en sus dominios”; tampoco podían tener los grandes propietarios americanos un rol político por estar limitados a la administración municipal;<sup>(140)</sup> en cambio, en algunas partes de EEUU (como Virginia) se desarrolló “cierta preeminencia aristocrática”.<sup>(141)</sup>

## 6. Conclusiones

En definitiva, la obra de Estrada merece ser estudiada críticamente, ya que ayuda a comprender la formación cultural y política de la clase dominante finisecular, que tras una breve y parcial retirada en 1916, retomó el poder político a partir del golpe de 1930, utilizando desde entonces para sus fines al “partido militar”. Asimismo, resulta relevante estudiar las influencias del pensamiento de Estrada en la doctrina jurídica argentina.



.....

(137) Esta afirmación resulta injusta hacia la minoría que, como J. J. Castelli, luchó por los derechos de los pueblos originarios, pero no deja de ser cierta con relación al resultado del proceso.

(138) ESTRADA, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, pp. 85/86.

(139) *Ibid.*, pp. 86/91.

(140) *Ibid.*, pp. 86/91.

(141) *Ibid.*, pp. 90/91, nota 1.

# ¿Qué escuchamos cuando habla el oráculo?

GABRIELA SOSTI<sup>(1)</sup>



Jacques Derrida planteaba una relación entre la aporía y el juicio, entendiendo a la primera como una concepción de la ley, y que este pensamiento, en tanto que inscripto en el texto literario, es la condición —y en cierto sentido— “medida” de los juicios, los que tienen la oportunidad de inventar lo nuevo. Cualquier horizonte de pensamiento o acción es una “decisión ético-teórica que niega la finitud. La naturaleza ético-teórica de la decisión es **política**”.<sup>(2)</sup>

¿Cómo habríamos de animarnos acaso a postular que el derecho no es “lo político”? ¿Cuánto debemos obliterar para seguir sosteniendo esa negación?

El abordaje es inverso. Sin embargo, la práctica de este inquietante discurso que es **el derecho** nos impele a recurrir a la fundamentación de por qué sí lo es. Extraño desafío. Pero necesario. Los operadores judiciales que amasamos cotidianamente esa poderosa materia no solemos hacerlo con la conciencia de las implicancias del despliegue de poder que hacemos al decir/hacer el derecho.

Nos es dado en forma definitiva como una entidad específica que tiene una esencial racional, con escasa intención de mostrar las profundidades

.....

(1) Fiscal *ad hoc* en los juicios orales por violación a los Derechos Humanos en la última dictadura y alumna de la Especialización en Magistratura. Este trabajo fue realizado en el marco de la materia “Función Social de la Administración de Justicia”.

(2) BEARDSWORTH, RICHARD, *Derrida y lo político*, Capítulo “Del lenguaje a la ley; una apertura al juicio: Saussure, Kafka, Derrida”, Bs. As., Prometeo libros, 2008, p. 29.

que lo atraviesan. Esquivo a su deconstrucción, se va erigiendo a fuerza de veladas y complejas autojustificaciones.

Y, ¿cómo no empezar por el principio, desde el punto cero y ciego, desde donde nos interpela esta materia ingenua que se hace arma en nuestras manos?

El derecho es político. Los jueces hacen política con sus decisiones, con sus recortes, con sus asignaciones; hacen sufrir, producen dolor, hacen “felicidad”, dan calma, curan con la palabra, propician la catarsis y tal vez, también, alguna forma de catástrofe.<sup>(3)</sup>

Sin embargo, esta escasa enumeración es lo olvidado, lo no dicho, lo que aspira a la opacidad. Nos conforma la distancia y asepsia de la frase: “resuelven conflictos”. Es precisamente detrás de ese abstracto neutro donde se esconden o se lucen sus particulares cosmovisiones, sus ideologías, su subjetividad.

Estamos frente a un texto abierto, una práctica discursiva, deliberadamente intertextual.<sup>(4)</sup> Una multiplicidad de discursos atravesados por relaciones de poder y por una pluralidad de racionalidades que defienden valores y creencias, desde donde se performan imágenes de mundo y se priorizan intereses sociales.

Tempranamente, los sofistas advirtieron la relación entre el derecho y el poder. Y no está demás nombrar a Michel Foucault en este camino.

Es preciso deconstruir<sup>(5)</sup> de qué manera se inscribe en muchas de sus decisiones esta dinámica política, social, cultural, que da cuenta del antagonismo amigo-enemigo y pone en evidencia en qué modelo de sociedad está pensando ese operador judicial.

Tal vez corresponda repetir el interrogante: ¿el derecho se propone como control racional frente al imperio de la fuerza? ¿O es un discurso estratégico de legitimación del ejercicio de poder?

.....

(3) Mientras escribo este trabajo sucede la noticia de la absolución de todos los políticos involucrados en la causa conocida como “los sobornos del Senado para la aprobación de la ley de flexibilización laboral” y no puede —al menos en un primer abordaje— no postularse que el fallo está lejos de ser una operación lógica de subsunción de un hecho a una norma.

(4) En los términos en que introduce el término Julia Kristeva.

(5) Los métodos posibles: arqueología, genealogía, hermenéutica, deconstrucción, etc.

Decía que es imprescindible partir del comienzo, y es precisamente el análisis de cómo deciden algunos jueces, el punto de largada propicio.

Una decisión judicial es una “violencia”. La ley es violencia, “... violencia que se concibe, por lo general, como el intento de poner fin a la violencia, pero que se revela como violencia debido a su clara supresión de la diferencia originaria...”.<sup>(6)</sup>

Los jueces escriben, alocucionan, dictaminan desde el seno de una autorreconocida subjetividad y sus decisiones operan sobre otras subjetividades. En la jerga pertinente hablamos de sujeto de derecho y de bien común. ¿Qué es para un operador judicial el bien común?, ¿quiénes serán reconocidos como sujetos aptos para compartirlo? Estas decisiones no serán nunca objetivas, neutras, ingenuas, racionales, incondicionales. Y este es un buen ejemplo —entre tantos otros— de esto que se postula: los jueces cuando deciden hacen política.

La reflexión de la Dra. Alicia Ruiz,<sup>(7)</sup> provocada por el tratamiento que diferentes operadores dieron a los integrantes de la ALITT (Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual) creo que nos ayuda a delimitar un planteo crítico, y desde ese abordaje inicial poder proseguir el cuestionamiento. Los actores del entramado judicial —que sostuvo en vilo a los miembros de la asociación que reclamaban al Estado su reconocimiento como sujeto de derecho— fueron en primer término la Inspección General de Justicia, luego la Sala K de la Cámara Civil, y finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

.....

(6) BEARDSWORTH, RICHARD, *op. cit.*, pp. 49/50: “la institución de la ley es necesariamente violenta como efecto de la ‘violencia originaria’ que expone un ser al mundo y a los demás antes de cualquier relación particular (ética, política, social) que este ser tenga con ellas...”.

(7) RUIZ, ALICIA, “*Quiénes son sujetos de derecho? ¿Quién dice qué es el bien común? Conversaciones Feministas. Políticas de Reconocimiento*, (noviembre 2007), t. II, Bs. As., Aji de Pollo, 2009.

La mirada crítica se advierte y se pone en práctica en otras decisiones de la Magistrada; a modo de ejemplo, en el fallo “Bara, Sahko s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Mbaye, Ibrahim s/ inf. arts. de la ley 23.098 - *habeas corpus*”. La Policía Federal y el Ministerio Público Fiscal vulneran la libertad ambulatoria y discriminan a Sahko Bara dándole tratamiento de “enemigo”, “el otro”, “el extranjero”. El senegalés es abominable al cuerpo social de nuestra Nación, como lo son para algunos operadores judiciales también los travestis, los homosexuales, las mujeres pobres que abortan en situaciones denigrantes. A partir de allí cualquier violación de derechos es factible. Esa violencia produce el Estado, esa violencia produce el juez. Es en este fallo —como en el de la ALITT y tantos otros— donde se ponen en evidencia las posturas enfrentadas en distintas decisiones judiciales y que prueban descarnadamente la puja de poder subyacente.

De las decisiones que fueron tomando cada una de estas instancias, pero fundamentalmente de las razones expuestas para justificarlas, se advierte de qué manera el rol cumplido por una decisión judicial contribuye al reconocimiento y reivindicación de una subjetividad, o a su ocusión. Allí se despliegan todas las aristas de las que se intentará dar cuenta en este trabajo.

Incorporar, legitimando la existencia jurídica de un colectivo tan particular, tan diferente a la subjetividad dada de nuestro colectivo social, ha sido un desafío para estas personas que lo aceptaron, poniendo en franca expresión sus más íntimos y arraigados prejuicios, convicciones, abominaciones, desprecios, deseos. Y ello fue hecho mediante una textualidad distante, pretendidamente objetiva: desde el concepto de bien común. Sin mayor soporte que su solo arbitrio, decidieron quién puede ser incluido en nuestra subjetividad argentina y quién no. Claramente, no un travesti ni un transexual. El eufemismo apurado fue que no era prioridad del Estado contemplar la aceptación o no de “los peticionantes” como sujetos de derecho. Claro está que este primer funcionario (IGPJ) —que curiosamente habló en primera persona— no dio razones de por qué no habría de ser prioridad de Estado decidir esto. Aunque eso no dicho es, precisamente, la manifestación que interesa.

Los jueces civiles directamente entendieron que tener travestis y transexuales —sujetos de derecho— en nuestra sociedad no beneficia el bien común.<sup>(8)</sup>

Es interesante resaltar un tramo de esta decisión cuando dicen que no alcanza la licitud para que un objeto/sujeto contribuya al bien común, sino “que es necesario que sea socialmente útil”. Sobre eso último me voy a referir más adelante al tomar las palabras de Bataille cuando piensa la subjetividad fascista.<sup>(9)</sup>

Me pregunto qué distancia hay entre decisiones semejantes y la persecución, la expulsión, el acoso, la denigración o el convertir a esos cuerpos diferentes que hablan otra sexualidad<sup>(10)</sup> en vida sin valor de vida, o vida pre-

.....

(8) Habría que preguntarle a estos operadores: ¿cuál es el fundamento que determina que la heteronormatividad se proyecta sobre el “bien común” de la Nación?

(9) Georges Bataille, al hablar de la subjetividad fascista, refiere a la voluntad de crear una sociedad homogénea, productiva, útil. Todo elemento inútil queda “excluido”. Recordemos las prácticas eutanásicas, la selección de vidas dignas de ser vividas y el gasto que para el Estado nazi implicaba el mantenimiento de esa “inutilidad”.

(10) Otro “ser ahí”.

caria.<sup>(11)</sup> Felizmente, la Corte Suprema revierte estas decisiones poniendo por delante principios constitucionales y denunciando el daño que implica la decisión discriminatoria que estrechó el concepto de bien común con el propósito de excluir a los travestis y transexuales del mismo.<sup>(12)</sup>

En ese recorrido judicial, podemos ver claramente de qué manera la justicia —ciertos jueces, ciertos sectores de la corporación— se vinculan con el otro, con el diferente. De diversas formas y en distinta medida ese diferente recibe tratamiento de “enemigo”, ajeno al cuerpo social. Y se lo excluye, se le veda su **ser social**.

El enemigo/el otro —atravesando tiempo y geografía— es el judío, el negro, el indocumentado, el “cabecita negra”, el “bolita”, el aborigen, el villero, el “puto”, y junto con Derrida, diríamos “el mendigo”; en términos generales, a los que suelen sumarle algún adjetivo escatológico. Ha sido y sigue siendo la mujer a la que se descalifica, reduciéndola a un cuerpo útil.

Asistimos a constantes recidivas de las patologías de la exclusión/expulsión/exterminio. Quienes se recuestan en una naturalizada mismidad, —sin conciencia acaso de la precariedad de ese refugio— suelen cíclicamente clamar por el destrato del diferente. Bacteria amenazadora que pone en riesgo ese cuerpo “sano”. Aumento de penas para los delitos contra la propiedad, “una bala para cada delincuente”; disminución de la edad de imputabilidad; expulsión de los extranjeros (de países limítrofes o africanos, claro está); marchas naranjas para evitar que las personas del mismo sexo accedan a la sagrada institución del matrimonio, entre tantos ejemplos. La exclusión de la particularidad se traduce en racismo, xenofobia, fanatismo. La humanidad asistió a la más extrema prueba de **nadificación** (cenizas y humo) que transformó a seres humanos en subhumanos sin nombre, historia, familia o identidad. El quién reducido a un qué.

.....

(11) En su libro *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Judith Butler reflexiona sobre la construcción estatal de cuerpos para la muerte, a los que se les asigna valor diferencial: los que merecen ser llorados y los que no, porque quizá ni siquiera se los pueda identificar después de su muerte (desperdicios de guerra). Como los cadáveres de los desaparecidos de quienes los genocidas decían que no merecían exequias, o los “N.N.” que se apilan sin registro en los hospitales públicos de la gestión macrista, han sucedido en nuestro país miles de asesinatos de travestis a los que se les vedó el duelo público, acaso justificándose sus muertes impunes.

(12) La Corte les regala una ironía a sus precedentes: “... Por respetable que sea la opinión personal de los jueces, esta no puede prevalecer sobre las normas constitucionales...”. Un llamado de atención preocupante si pensamos que la jerarquía de la constitución debería ser siempre el norte de todas las decisiones.



Solo el ejercicio de la memoria nos preservará. El Estado y sus instituciones (el Poder Judicial) tenemos esa responsabilidad.<sup>(13)</sup>

Y en este punto es de suma importancia observar el posicionamiento de la justicia frente al reclamo —explícito o implícito— de la expulsión.

El sujeto es una creación histórica, un invento que no permanece, que se configura a partir de las prácticas sociales y culturales, de allí que no sea posible hablar de un sujeto único y universal, sino de una multiplicidad de sujetos.<sup>(14)</sup>

El análisis respecto de a quiénes se les asigna este ropaje que llamamos "sujeto de derecho" abre el universo de la subjetividad. Foucault nos hace perder el último refugio de inocencia al poner al descubierto el entramado arqueológico e ideológico impreso en la construcción de la subjetividad<sup>(15)</sup> montado desde específicas relaciones de poder; y las condiciones que permiten que en nuestras sociedades y en nosotros opere el conjunto de normas y creencias que la hacen posible.

Pero, ¿cómo definimos una subjetividad? Aparecemos, "somos arrojados" al mundo inmersos en una subjetividad dada, sin saber que ese marco desde donde se construirá nuestra subjetividad personal, nuestra estructura psíquica es un andamiaje, una ficción, una impostura. Un simulacro.<sup>(16)</sup>

Esa es precisamente la tarea y el aporte luminoso que nos presta Clifford Geertz. Su abordaje desde la antropología simbólica<sup>(17)</sup> nos sumerge en

.....

(13) "Para que algo permanezca en la memoria se le graba a fuego, solo lo que no cesa de doler permanece en la memoria", decía Nietzsche.

(14) Michel Foucault es precisamente uno de los que piensa en la construcción histórica del sujeto de conocimiento a través de un discurso tomado como un conjunto de estrategias que forman parte de las prácticas sociales.

(15) El loco, el criminal, el anormal, etc.

(16) Baudrillard proponía mirar las estructuras por debajo de las estructuras. Toda estructura es artificial; un artificio, un simulacro. Lo real es su manifestación fantasmática.

(17) GEERTZ, CLIFFORD, en "Juego profundo: notas sobre la riña de gallos en Bali" (1973), señala que "la cultura de un pueblo es un conjunto de textos (...) Las sociedades contienen en sí mismas sus propias interpretaciones. Lo único que se necesita es aprender la manera de tener acceso a ellas". En "Descripción densa" (1973), el mismo autor dice: "el concepto de cultura que propugno (...) es esencialmente un concepto semiótico. Creyendo con Max Weber que el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido, considero que la cultura es esa urdimbre y que el análisis de la cultura ha de ser, por tanto, no una ciencia experimental en busca de leyes, sino una ciencia interpretativa en busca de

una *episteme* que nos permite aproximar a una hermenéutica<sup>(18)</sup> de la subjetividad, de modo similar a como lo hace Paul Ricoeur respecto de otras textualidades.

La inquietud que introduce Geertz respecto de la labor del antropólogo, que nosotros podríamos asimilar a la labor del magistrado, es desmitificar la figura del sujeto neutro, objetivo, racional, preciso, desapasionado... y poner en evidencia la imposibilidad de ese abordaje al desnudar la ficción que presupone.

Me limitaré a dar cuenta del método, eludiendo —tal vez riesgosamente— el contenido anecdótico, la materia prima sobre la que Geertz trabaja su teoría de la “textualidad cultural”, para proyectarme —a efectos de poder dar cuenta del proceso del artificio— sobre una particular construcción subjetiva que a la postre habilitará el análisis del concepto amigo/enemigo.

Tal como lee y decodifica Geertz, los signos representados por los “nativos de las culturas balinesa, javanesa y marroquí” le permiten advertir y categorizar tres modos particulares de subjetividad social, articulando dos anclajes metodológicos designados como “experiencia próxima” (la voz, las representaciones, los sentimientos, los códigos, las relaciones; en definitiva, los signos puros “en bruto” de esa cultura que habla) y la “experiencia distante” (que es precisamente la interpretación que efectúa el antropólogo, desde su propio capital simbólico).<sup>(19)</sup>

Más adelante habré de referirme a dos posibles aproximaciones a la textualidad, cuando analice la escritura jurídica a la luz de los enfoques de

.....

significaciones. Lo que busco es la explicación, interpretando expresiones sociales que son enigmáticas en su superficie”.

(18) ARRIARÁN, SAMUEL, en “La hermenéutica de Clifford Geertz” [en línea] <http://tesiuami.uam.mx/revistasuam/iztapalapa/include/getdoc.php?id=743&article=757&mode=p> señala que “Él mismo reconoce que este modo de interpretación no es algo nuevo, sino que tiene antecedentes en Weber, Freud, Durkheim, Cassirer y G. H. Mead, quienes veían la acción social como algo que configura y comunica un significado”.

(19) Foucault nos permite pensar en esos dos conceptos: experiencia próxima y distante; la voz del nativo que en este caso es el habitante de las cárceles y la relevancia de ese saber en la construcción del saber de los jueces, de los doctrinarios: “... Y cuando los prisioneros se han puesto a hablar, ya tenían una teoría de la prisión, de la penalidad, de la justicia. Esta especie de discurso contra el poder, este contra-discurso mantenido por los prisioneros o por los llamados delincuentes, eso es lo que cuenta y no una teoría sobre la delincuencia”. Ver FOUCAULT, MICHEL, *Un diálogo sobre el poder*, Colección “Grandes Obras del Pensamiento”, Altaya SA, 1994, p. 11.

Derrida y Ricoeur: deconstrucción y hermenéutica. Pero más allá de la percepción e intelección de los signos que la expresan, pensar en subjetividades es inescindible del pensamiento de la otredad, del otro.

El sujeto se construye de manera especular, en la mirada de los otros, en la voz de los otros; por lo que la definición de **lo otro** es sustancial para la identificación de esa determinada subjetividad. Y el modo de vincularnos con ese otro calificará definitivamente el despliegue de nuestro "ser en el mundo". La subjetividad determina tanto la inclusión como la exclusión. Es una frontera que delimita un adentro/afuera. Y de nosotros depende la porosidad de esos muros.

Continuando en esta dirección, intentaré aproximarme a un paradigma de construcción de subjetividad emblemático e inefable de la modernidad, a modo de sinécdoque: El fascismo.

Un conocido grabado de Goya, *El sueño de la razón produce monstruos*, nos abofetea con un precepto perturbador. Premonición precoz e iluminada, como los anuncios de Bataille del surgimiento de esa "espinosa" subjetividad que fue el fascismo como "comunidad para la muerte"; como trasunto de buena parte del devenir totalitario de la civilización occidental. ¿Qué delirio colectivo quiso esa subjetividad clausurante propiciadora de exterminios? ¿Qué necia razón soñó con esa esperpéntica mismidad?

Me obliga a centrarme en este tema, que desvela y que performa todas nuestras miradas del mundo: ¿Qué es el otro? ¿Quién es el otro para mí? ¿Quién es el otro para la sociedad que comparto? ¿Quién es el otro para el Estado, para la ley? ¿Y qué hacemos con él, para él, o en su contra? Yo, ¿soy el otro?

La impronta del fascismo desanduvo el "sueño moderno de una identidad colectiva fuerte y cohesionada como mismidad, como homogeneidad radical y sin fisuras.

Puede explicarse la génesis y la funcionalidad del fascismo por el modo de enfrentar el desafío del "ser en común".

Georges Bataille, en "La estructura psicológica del fascismo" y ya desde 1933, como un "avisador de incendios",<sup>(20)</sup> piensa al fascismo como el único movimiento revolucionario que había logrado triunfar en el seno de las

.....

---

(20) Ver BATAILLE, GEORGES, *El Estado y el problema del fascismo*, Valencia, Pre-Textos, 1993, [en línea] <http://es.scribd.com/doc/140422863/G-Bataille-La-estructura-psicologica-del-fascismo>.

sociedades democráticas, lo que demuestra que el germen de la extrema hostilidad anida aún en sistemas de poder insospechados.<sup>(21)</sup> La subjetividad fascista soldaba su autoafirmación reclutando la intrusión.

Su textualidad, sus representaciones, sus rituales, su mística, su concepción del poder, el liderazgo carismático, según Bataille "... no es más que la homogeneidad vaga convertida en coacción...".<sup>(22)</sup>

Nuestros dictadores vernáculos apelaron a la estrategia de la uniformidad. Para ello recortaron del colectivo social las porciones para el exterminio, "la parte maldita", erigiéndola en el enemigo total, el otro ominoso; y se entregaron —minuciosos, abyectos— a la extirpación. El ser social común deseado, la subjetividad a construir sería occidental y cristiana; o no sería. Su texto específico —su ley— fue el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional (y los jueces debían jurar por el cumplimiento de este engendro jurídico). A partir de allí aplicaron las leyes genocidas que enmarcaron jurídicamente ese plan de rediseño atroz.<sup>(23)</sup> Pero reconociendo el acierto de la reflexión del filósofo francés cabe referir que quizá el objetivo en muchos casos es la asimilación y de hecho muchas prácticas están destinadas a ello, como alternativa a lo luctuoso. En los centros clandestinos de la dictadura cívico-militar se clasificaban a los secuestrados —según criterios insondables— en "recuperables" (léase: asimilables —luego del tormento, claro— al proyecto de sociedad sana, apolítica, capitalista, moral, etc.) e "irrecuperables" (esos eran exterminados).

Carl Schmitt argumentaba lo político en la dialéctica amigo/enemigo, Bataille toma de Durkheim las categorías homogéneo/heterogéneo. Dialécticas insoslayables desde donde se inscriben las marcas de una cotidianidad social receptiva o centrífuga.

A mayor voluntad de homogeneidad, mayor exclusión y mayor despliegue de violencia. Y esto determinará el poder que le corresponda a este modo del "self" social en cuestión.

.....

(21) Se impone la cita de un emblemático film de Ingmar Bergman, "El huevo de la serpiente", de 1977. El enigmático título del film —situado en el Berlín de 1923— es definitivamente una acertada metáfora que da cuenta de la fragilidad de los estados de cordura colectivos.

(22) BATAILLE, GEORGES, *op. cit.*, p. 26.

(23) *Ibid.*: "La sociedad homogénea es la sociedad productiva, es decir, la sociedad útil. Todo elemento inútil queda excluido no de la sociedad total, sino de su parte homogénea...", aunque como sabemos esa exclusión puede tomar diferentes modalidades y, en consecuencia, distintas prácticas de poder.

El modelo de subjetividad homogéneo —irreductible a la diferencia—, clausura la otredad y emerge como remedo una y otra vez a cada paso de la historia de las sociedades.<sup>(24)</sup> Pensar en las condiciones de posibilidad de formas de subjetividad social que abjuran y enfrentan la diferencia remite inevitablemente a determinados diseños de sistemas de poder.

Mónica Gorali<sup>(25)</sup> aborda el tema luego de poner en juego estas dos formas de ser-en-el-mundo- con el otro: la **hospitalidad** o la **hostilidad** y apunta al centro que es precisamente la distribución de la violencia en la performatividad del sujeto social, del colectivo social.

No en vano se menciona a Pierre Clastres, y su análisis de formas sociales arcaicas<sup>(26)</sup> donde a diferencia de los Estados,<sup>(27)</sup> tal como estamos acostumbrados a definir y naturalizar, el ejercicio de la autoridad —como estructura de organización y funcionamiento de un grupo de personas en un territorio determinado— no estaba anclado ni en la dominación ni en la violencia. El dato ciertamente produce perplejidad y dificultad para representarnos una sociedad semejante: sin subordinación, sin policía, sin jueces penales, sin cárceles, sin guerras de exterminio, sin explotación... realmente inconcebible. Pero lo central del aporte clastreano no sea probablemente la utopía de volver a esa forma de organización, sino mostrar que otra forma de ser con el otro es posible. Y eso nos habilita una dimensión de pensamiento y práctica inexplorado, una paradisiaca tierra virgen para nuestros tiempos sociales gastados por el horror y el odio hacia ese otro.

Gorali reflexiona sobre este aparente abstracto, pero para anclarlo a la realidad de las prácticas administrativas y judiciales sobre algunos sujetos, que aún considerados sujetos de derecho, reciben tratamiento hostil. Abundan los ejemplos. Ella eligió el caso de Sakho Bara, en cuyo cuerpo se inscribió la violencia estatal expulsiva, y es como ya mencioné lo que  
.....

(24) Al menos en las sociedades con Estado y tributarias de las formas propias de la modernidad europea.

(25) GORALI, MARINA, "Hospitalidad y hostilidad: apuntes para pensar el poder", en *Revista Filosofía del Derecho*, año I, n° 1, Bs. As., Ediciones Infojus, pp. 109/117.

(26) Ver CLASTRES, PIERRE, *La sociedad contra el Estado*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1978: "... algunos grupos humanos, bajo determinadas condiciones de vida que les permitían subsistir en pequeñas 'sociedades cerradas', han podido prescindir de poder político" (p. 525).

(27) El poder político, en nuestra sociedad, se da solo en una relación que se resuelve en coerción. La verdad y el ser del poder consisten en la violencia y no puede pensarse el poder sin su predicado, la violencia.

nos permite tomar conciencia de la importancia trascendental que tiene el trabajo de los jueces en la performatividad de lo social.

Un fallo incluye, otros expulsan. Y como dije al comienzo, cuando reproduje la afirmación de que la ley, el derecho, la sentencia son violencia, esto se traduce nada más ni nada menos como felicidad o infelicidad para las mujeres y para los hombres. La vida cotidiana queda sujeta, atrapada y a merced de un sujeto que decide su destino.

La alternancia hospitalidad/hostilidad recorre el cuerpo de la historia política, al menos en Occidente. Y nos invita a la posibilidad de correr el eje de la hostilidad (fundamento moderno de lo político) hacia la hospitalidad.<sup>(28)</sup>

El sujeto recuperado desde la renuncia a la búsqueda de una identidad originaria solo puede aprehenderse a sí mismo como alteridad; a partir de la experiencia de una **heteronomía** radical (de una no coincidencia consigo mismo). Esto conduce a la imposibilidad del cierre sobre la mismidad. Lo que "se es" dependerá de una respuesta a él/ella/aquél/éste/ésta, que es previo a toda conciencia de sí.

Esta conciencia de sí estará determinada —nuestra subjetividad lo estará— en la puesta en acto de esa conciencia: **¿Qué hacer con el otro?**

El otro como radicalmente otro solo aparecerá desapareciendo, resistiéndose a la incorporación como otro. Porque el otro soy yo, yo soy el otro. O como decía Rimbaud,<sup>(29)</sup> de modo más críptico y sugestivo "yo es otro".<sup>(30)</sup> Inmersos como estamos en un universo de sentido de constante y "justificada" clausura del otro (como enemigo) es preciso reflexionar acerca del deber, de la responsabilidad, de "lo propio" e "invitar a construir nuestra temporalidad"<sup>(31)</sup> a todos aquellos "vivientes" que sufren y cuyos gritos

.....

(28) Pareciera ser que esos ejes que articulan la práctica política y el pensamiento político son tributarios de dos líneas filosóficas: una de ellas representada emblemáticamente por Carl Smith y otra corriente asentada en la aspiración de corrimiento de esa frontera, que abreva en la lectura de formas sociales relevadas por la antropología y que ponen en crisis la mirada tradicional. Desde Marcel Mauss y los neomaussistas, esta última posición perturba las teorías clásicas sobre el poder y el Estado.

(29) RICOEUR, PAUL, *Historia y Narratividad*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 228.

(30) Para acercarnos a estas conceptualizaciones es imprescindible atravesar el terreno del psicoanálisis.

(31) Ver GORALI, MARINA, *op. cit.*: "¿Cuál es la extraña inteligencia de la lengua —se pregunta Anne Dufourmantelle— que certifica que para producir tiempo es preciso ser dos?", p. 111.

se hacen sentir, hablen o no: los desclasados, los extranjeros, los/as inclasificables, las/os socialmente repudiados;<sup>(32)</sup> y desplazar el eje del "... sujeto responsable de sí hacia el sujeto responsable del otro antes de serlo de él mismo como 'yo'".<sup>(33)</sup> La identidad, la construcción del sujeto, de la "persona" —como vimos también con Geertz— es "relacional". Tal vez podríamos decir que no hay sujetos, sino procesos de "sujetivación".<sup>(34)</sup>

Retomando el concepto de hospitalidad que nos presenta Goralí, como desafío imperioso para pensar la política y por consecuencia la práctica judicial y legislativa, corresponde una brevísima reflexión sobre el concepto del don, como modo específico de intercambio relacional que prevé una consideración de la alteridad muy particular.<sup>(35)</sup> La hospitalidad como don se encuentra en un espacio de cruce de lo político, lo económico, lo social, lo ético y lo filosófico. Conlleva un "deber" y por ello se conecta con una ontología jurídica, pero además una deontología. Es un concepto de difícil caracterización a la luz de las instituciones sociales contemporáneas. En él se describe una forma de relación con el otro, no basada ni en el mero interés, ni en la utilidad. En estas, nuestras sociedades de acumulación<sup>(36)</sup> —como las que plantea el capitalismo y su despliegue global—, sería casi un oxímoron pensar una sociedad que no contemple el máximo beneficio; una sociedad que base su sistema de organización en la dación, en la **generosidad**.

Marcel Mauss<sup>(37)</sup> muestra una forma de sociedad donde la circulación de bienes y personas tiene como fundamento el reconocimiento del otro y de sí mismo en el acto de dar, recibir y devolver.

.....

(32) Obligada remisión a las películas de Fellini, a los textos de Virgine Despontes, particularmente su "Teoría King Kong".

(33) DERRIDA, JACQUES, "Hay que comer' o el cálculo del sujeto", entrevista realizada por Jean-Luc Nancy, en *Revista de los Confines* n° 17, Bs. As., 2005.

(34) En este sentido, los estudios "queer" extreman los procesos de deconstrucción de la sujetivación y ponen en crisis toda posible fijación del sujeto, interpellándolo desde un continuo mutar de los cuerpos, el género, el sexo. En este sentido, es interesante el abordaje perturbador de Beatriz Preciado en su "Manifiesto Contrasesual".

(35) Quizá haya sido Marcel Mauss y su *Ensayo sobre el don* de 1925 quien, a partir del estudio de la institución del Potlatch, se sumerge en un terreno inexplorado que seguirán transitando Benveniste y Bataille con *La parte maldita*, entre otros.

(36) Sociedad de avaros narcisistas.

(37) MAUSS, MARCEL, *Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, Bs. As., Katz, 2006.

Este sistema de intercambio tiene un rigor ajustado en la medida en que fue el modo de sublimación de la violencia original. La clausura de la guerra fue la lucha a partir de la entrega ilimitada de bienes. Tanto mayor era el poder cuanto mayor la entrega, la consumición extrema de bienes.<sup>(38)</sup> Se debía gastar todo lo que se tenía y no guardar nada, ese era el sostenimiento de status político. Así, a través de la circulación de dones, las distintas comunidades resignificaban la necesidad de la guerra.<sup>(39)</sup> Las obligaciones de dar, recibir y devolver se sostenían en un reconocimiento de quienes se orientan hacia la paz; el que no cumple con alguna de esas tres obligaciones “pierde su cara”, su lugar, e incluso deviene esclavo del otro.

Como se viene de alguna manera planteando, el tema de la hospitalidad nos reenvía a la cuestión de la soberanía y a la constitución del nosotros frente a otros, que ya vimos tiene un anclaje puntual en la dialéctica amigo/enemigo y en la posibilidad de diferenciación de un adentro-afuera.<sup>(40)</sup>

La filosofía derrideana está desvelada por el dilema de la política y la exclusión,<sup>(41)</sup> quizá por haber sido la carne del filósofo la que la padeció. Derrida, francés/judío/magrebí, sintió la “no pertenencia” y dirá que el aparente “yo” que se intenta asumir es una ficción, lo “propio” de la identidad es la no-apropiación que deviene de esa ausencia-presencia de la otredad en la mismidad a modo de fantasma. No hay cultura, lengua, identidad “puros”, o como diría Foucault, están contaminadas.

Quizá este análisis pareciera distante del tema central que nos convoca, que es el decir de los jueces y de cómo y de qué materia se construyen sus textos. Sin embargo, a poco de interpretar lo que subyace<sup>(42)</sup> en al-

.....

(38) Gasto improductivo.

(39) Del todo contra todos.

(40) Es interesante como desde la ficción —siempre— se simboliza, iluminándolas, conflictividades como las marcadas, que desde la teoría cuesta abarcar. Por esto de que una imagen vale más que mil palabras es cita obligada la visión del film “El otro Hijo” de Lorraine Lévy. Allí se ponen en juego las miradas en la construcción de las identidades israelí-palestina y cómo a partir de un drama personal —una jugarreta de la historia— esas miradas van cediendo rigidez y ese otro enemigo —que paradójicamente está dentro de uno mismo— termina compartiendo nuestro ser en el mundo.

(41) DERRIDA, JACQUES, *Políticas de la amistad*, trad. de Patricio Peñalver, edición digital de Derrida en Castellano, [en línea] <http://www.teoriasdelaamistad.com.ar/pagina5/Unidad8/Derrida/Derridaeljustonombredelaamistad3.pdf>

(42) El intertexto.



gunas sentencias, nos encontramos con esta disyuntiva inicial, con estos modos atávicos que resuenan desde su ausencia o su eventual reconocimiento.<sup>(43)</sup> Y este diagnóstico es urgente si pensamos el derecho como la forma contemporánea de clausura de la guerra. A la hora de interpretar sus manifestaciones, es insoslayable la detección del binomio *hostes/hostis*, homogéneo/heterogéneo, amigo/enemigo, porque ello va a permitir una caracterización del tipo de sociedad sobre la que cotidianamente performativiza el juez.<sup>(44)</sup>

¿Acaso los jueces son conscientes de que es desde una subjetividad legitimada que leen la realidad social hacia la que se dirigen? ¿Que los diversos textos en los que hablan diversas alteridades exigen la responsabilidad de una lectura que comprenda e interprete esa polifonía?

Identidad, subjetividad, textualidad se imbrican. Ricoeur, en *La identidad narrativa*, lo plantea en estos términos: el sujeto humano alcanza identidad en la narración.

Y ahora nos sumergimos de lleno en el universo del texto, y como derivado inexcusable, la escritura jurídica como tal. Sesgadamente, tomaré para interactuar con Ricoeur y su abordaje hermenéutico a Derrida y el método deconstructivo. Ambas miradas del texto, aparentemente irreconciliables que, quizá, no lo sean tanto.

En términos generales desde el estructuralismo —y en distintas medidas— se coincide en desterrar la dictadura del canon por el de la polisemia, y se piensa el acto escritura-lectura como generador de infinitas diseminaciones. Todo texto (y el jurídico se incluye) no solo se presenta como un fenómeno de comunicación, sino también de significación, y en el que nos ocupa —además— de performatividad. Desde la deconstrucción<sup>(45)</sup> y su disparador Jacques Derrida, se ha tensado el estado de incertidumbre, de inquietud perturbadora de certezas. Si bien quien usa por primera vez el

.....

(43) Como las resoluciones sobre la ALITT.

(44) Cuando se niegan derechos asistenciales a un extranjero, cuando se prioriza el derecho de propiedad por sobre el de habitación y se desalojan familias carenciadas de una propiedad sin uso, cuando prisioniza la pobreza, o cuando hace todo lo contrario.

(45) Sin embargo, deconstrucción no implica un nihilismo relativo: se deconstruye para entender cómo se ha construido, para ver sus estructuras. Y lo que se ve es que no son nada fijo, no hay "núcleo duro". Entonces, nada impide construir a partir de ahí. Facilita la comprensión de la naturaleza artificial de lo que se construye.

término fue Martín Heidegger en *Ser y tiempo*, lo cierto es que las rebeliones producidas a partir de allí nos continúan provocando.

Lo claro y lo evidente distan de serlo. Un concepto se “construye” a partir de procesos históricos y acumulaciones metafóricas. Derrida entiende que la significación de un texto dado (ensayo, novela, artículo de periódico, podríamos agregar sentencia) es el resultado de la diferencia entre las palabras empleadas, no la referencia a las cosas que ellas representan. Las diferentes significaciones de un texto pueden ser descubiertas descomponiendo la estructura del lenguaje dentro del cual está redactado. Propone una estrategia, una nueva práctica de lectura. En su conferencia *La estructura, el signo y el juego en el discurso de las ciencias humanas*, pronunciada en 1966, dice: “la ausencia de significado trascendental extiende hasta el infinito el campo y el juego de la significación”. Para Derrida<sup>(46)</sup> no hay un significado ni trascendente ni único en cada término, en cada palabra, por lo cual se abre el campo para dar juego a toda posible significación.

Desde el terreno de la hermenéutica, Ricoeur hace un planteo menos extremo, tal vez. Podríamos ver de qué manera nos ayudan uno y otro para decodificar el texto-sentencia y la función del juez en ese decir.

Hermenéutica y deconstrucción se presentan diferentes al pensar la posibilidad y modalidad de la comprensión (de sí/del texto); la función de la voz y de la escritura, la naturaleza del texto y el modo de superar la historia de la metafísica.

Ambos problematizan la relación entre identidad y alteridad. Uno, desde la noción de “apropiación”; el otro, desde la “desapropiación”. Al preguntarse Ricoeur sobre la constitución del sí mismo se centrará en la función de la narración a ese fin: “solo nos comprendemos mediante el gran

.....

(46) La obra literaria estaba considerada como dotada de una totalidad de sentido. La deconstrucción afirmará que la envoltura retórica es todo lo que hay y que por ello la obra de arte literaria es irreductible a una idea o a un concepto. Va a negar a la obra literaria el concepto de totalidad al afirmar que el texto no puede ser aprehendido en su globalidad, ya que la escritura circula en un movimiento constante de remisión que convierte a la totalidad en parte de una totalidad mayor que nunca está presente, así, el sentido es interminablemente alegórico y, por lo tanto, carece de univocidad y de obviedad. Precedido por los cuestionamientos de Wittgenstein en *Investigaciones Filosóficas*, para quien el lenguaje es su uso, su finalidad es instrumental y el uso es lo que le otorga existencia. Los “juegos lingüísticos” son consecuencia de la indeterminación propia de la multiplicidad vinculada a la casualidad. El uso es lo que da significado a las palabras dentro de cada juego lingüístico.

rodeo de los signos de la humanidad depositado en las obras culturales". En este contexto, la noción de apropiación disuelve la distancia entre texto e intérprete.<sup>(47)</sup> Apropiarse de un texto consiste en un comprenderse a sí mismo ante el texto, a partir del mundo que este despliega delante mío.

Derrida, en cambio, encuentra el acceso al texto en la noción de desapropiación. Sin embargo, tal vez esta diferencia sea por momentos aparente porque Ricoeur también piensa en una instancia de desapropiación, como necesidad de restringir la arbitrariedad en la interpretación del texto,<sup>(48)</sup> aunque en una instancia sobreviniente. En Derrida, la desapropiación es constitutiva.

Pero en este juicio dialéctico que vislumbra Ricoeur, en esa desapropiación que se produce en la apropiación, se descubre esa "otredad" que se halla en el seno de la identidad, donde la alteridad pertenece al tenor de sentido, a la construcción ontológica de la ipseidad; porque en la ipseidad (ser en el tiempo/ ser como acontecimiento) y no en la mismidad (dimensión de permanencia) es donde se inscribe la relación con la alteridad y se ponen en juego tres modos: la carne, el otro distinto de sí y la conciencia moral.

Derrida apela a la noción de lo fantasmático<sup>(49)</sup> para deconstruir la subsunción de la otredad en la mismidad y quizá este concepto también nos ayude a la hora de interpretar ("atacar por todos los costados el subtexto") la sentencia. El fantasma y su doble carácter de ausente/presente, perceptible, inaprehensible y circundante sobrevuela la pretendida univocidad jurídica: "hay algo de desaparecido en la aparición misma como reaparición de lo desaparecido".<sup>(50)</sup>

Es posible preguntarse de qué manera en el texto sentencia —como acontecimiento cotidiano— aparece eso que Derrida llama desapropiación, **des-identificación** con el objeto.

.....

(47) La articulación entre experiencia próxima y experiencia distante en Geertz propone una hermenéutica gracias a la cual podrá identificar la voz del nativo.

(48) "Es la cosa del texto (...) la que constituye el yo del sujeto que lee, y no a la inversa". Ver RICOEUR, PAUL, *Del texto a la acción*, FCE, 2000, p. 109, en VERGALITO, ESTEBAN, (UBA/CONICET), "¿Ricoeur vs. Derrida? Hacia una aproximación entre hermenéutica y deconstrucción", en *El Pensadero. Revista de Filosofía* n° 1, Bs. As., junio de 2005.

(49) DERRIDA, JACQUES, *Espectros de Marx*, 5ª ed., Colección Estructuras y Procesos, Serie Filosofía, Madrid, Trotta, 2012.

(50) *Ibid.*

¿Sería útil articular estos dos modos de entender el universo de la escritura en la producción simbólica propia de la decisión judicial? ¿Podemos pensar a la sentencia (sinécdoque por resoluciones judiciales en sentido amplio) como un texto “desapropiado”?

Construido desde otra/otras textualidades, como “cámara de ecos”, caja de resonancias; lo que unifica esa polifonía como un todo uniforme es la firma, la rúbrica del juez. El **nombre propio**, diría Derrida, quien agrega:<sup>(51)</sup> nombrar des nombra, el nombre propio despoja, expropia y ese desplazamiento impide al autor dominar el texto que escribe. El acontecimiento de la firma produce la liberación del texto, ya no habrá pertenencia.

Podríamos pensar con Derrida que la ficción de la firma, como clausura de la enunciación, es una instancia de despojo. Sin embargo, sucede un fenómeno paradójico en la sentencia. Se presenta como “un mundo texto”, como una “proposición de un mundo” y desde su presencia sostiene una identidad, una subjetividad: la del operador judicial que construyó ese texto. O mejor dicho intertexto.<sup>(52)</sup> No es desatinado hablar de un sujeto enunciador (la rúbrica/juez) y varios cuerpos que producen la narración (prosecretaria/o, secretaria/o, relatores, etc.).

Pero la relevancia del nombre en el texto jurídico tal vez sea diferente que en la textualidad artística (novela, teatro, etc.). El valor que tiene esa firma, ese nombre en la autenticación de ese mundo que propone una decisión judicial, pareciera indicar lo contrario a la desapropiación, a menos que pensemos esa firma como un artificio. El yo (autor/res) desaparece en el texto y aparece en la rúbrica como simulacro. ¿Cómo podríamos identificar el extrañamiento derrideano en una sentencia? Quizá la fórmula gramatical “se” nos marque esa “impropiedad”.

¿Qué función cumple la firma en el texto colectivo, polifónico, polisémico, arqueológico, intertextual, que es una sentencia?

¿Es la firma el unificador de sentido que cobra relevancia como recurso de autoridad?

.....

(51) Ídem cita N° 35.

(52) Julia Kristeva, desde su propuesta del modelo productivo del texto, introduce este concepto como un mosaico de citas, como absorción y transformación de otro texto. Ver VILLALOBOS ALPIZAR, IVÁN, “La noción de intertextualidad de Kristeva y Barthes”, en *Revista de Filosofía de la Univ. Costa Rica*, XLI (103)137-145.2003.

¿Sería posible pensar un despojamiento, una desapropiación de la marca jerárquica que permita la libre interpretación del texto, sin el condicionamiento previo de esa huella (juez/legislador)?

¿Sería esperable el uso del pronombre personal en la enunciación? ¿Facilitaría la decodificación de ese mundo-texto que se despliega en esa escritura performativa? ¿Nos permitiría conocer qué lugar tiene ese cuerpo (juez/legislador) entre los cuerpos y qué "otro" (alteridad) lo integra como sujeto? ¿Acaso ese conocimiento nos habría de empoderar hacia una "rebelión" interpretativa?

Pero, ¿es acaso necesario conocer qué piensa y qué intenta el juez, si —como piensa Barthes— eso sería irrelevante, en la medida en que en el proceso lectura-escritura lo que se pone en juego no son subjetividades conscientes, sino procesos dentro de los que estos sujetos ya son filtros intertextuales de sentidos cristalizados?

Como dijimos, la sentencia es una "cámara de ecos" donde resuenan diversos discursos, donde imperan códigos de significación, prácticas de sentido que recorren una cultura.

Derrida tal vez provocó algunos de los interrogantes. Ricoeur nos permite una lúcida lectura/interpretación de la textualidad judicial desde su análisis de la narración. La forma elegida es la de **historia de vida**, como historia contada, recuperando de lleno la dimensión lingüística, abjurando de toda posible metafísica, desconfiando de eso que se supone que permanece en los entes (sustancia), situándose en la dialéctica permanencia y cambio. Lo duradero de la identidad será la fijación en el relato.

En la teoría literaria inquieta el momento de la clausura del relato.

Como cierre de la narración insta a las definiciones. La narrativa contemporánea se desentiende de estas preocupaciones. Pero si en el relato pensamos al abordar otras producciones simbólicas, ese final tal vez tenga otra relevancia. Si pensamos, por ejemplo, en el último texto del antropólogo que le permitirá decidir que ha captado el ser de una cultura; o si pensamos en la sentencia —como final de un sesgado recorrido sobre esa historia de vida, que es una causa— y la selección del "elemento probatorio" —como factor interpretativo— que llevará al juez a la certeza de su decisión. Es posible hablar del momento apropiado de clausura de esos relatos. O, acaso, y como sucede en la narrativa actual, ¿ese cierre es un inverosímil, o un arbitrio?

De qué manera siguen siendo pregnantes las categorías de completud, totalidad y extensión apropiada, tal vez —como señala Ricoeur— lo determine la necesidad o la verosimilitud. La sentencia no dice una verdad, construye un verosímil. Para ello, se sirve de estrategias discursivas. Una sentencia es una compleja producción que maneja gran cantidad de información y contenidos diversos. Es el resultado, la culminación de un proceso (judicial) que da cuenta de etapas anteriores y concomitantes al pleito; incluye un gran número de voces (juristas, testigos, expertos, implicados, etc.) donde se desarrollan razonamientos que llevan a una decisión y se fundamentan esos argumentos con citas de autoridad procedentes de textos legales o judiciales. Ese texto-mundo se manifiesta en escrituras formales que permiten organizar ese discurso; reproduce fórmulas-estructuras que permiten la dirección del relato como historia hacia un derrotero o fin, recurriendo a determinados ordenadores del discurso, por ejemplo, enumeradores (de los antecedentes del hecho; del hecho, de las pruebas, de las peticiones, del derecho, de los argumentos, etc.) ordenadores temporales (en principio, finalmente), etc.

Ese verosímil ambiciona la estabilidad, la certeza, la determinación. Los relatos que preceden al final-clausura de relato-sentencia irán progresivamente perdiendo la condición aleatoria en la medida que sean seleccionados y validados para alumbrar un relato concentrado y pretendidamente estable. Menor grado de inestabilidad, mayor determinación. Pero a su vez, el texto-sentencia se ofrece a la precariedad. La estabilidad de una decisión de primera instancia estará expuesta a la zozobra en la medida en que la recurrencia a una instancia superior la ponga en crisis. Como bien advierte Dworkin, el texto es en sí mismo inestable.

Retomando a Ricoeur y Derrida, tal vez se podría pensar que más allá de la proximidad o no de los abordajes de la hermenéutica y la deconstrucción, quizá sea posible en ambos una convergencia: el abandono de un concepto “puro” de identidad que no contemple la intervención de la alteridad en su proceso de constitución.

En resumen, si acaso fuera posible una conclusión. El sujeto/juez, en su acto de habla, encarna una pluralidad de discursos que traman y destraman tu texto. En la voz del juez —si lo representamos en una persona que reúna las funciones de lectura de los hechos, análisis de la prueba y del derecho, y decisión final— se habla la historia, los modelos de sociedad, la ideología, las ideas políticas, las tradiciones, los prejuicios, las creencias religiosas, morales, los distintos códigos de pertenencia y representación. En definitiva, siempre en la sentencia habla lo otro que es, a la vez, el sí mismo.



# La Justicia y su función social

MARÍA VIRGINIA CAFFERATA<sup>(1)</sup>



*“Si ningún jurista reconociera leyes injustas, éstas no podrían aplicarse”. Oscar Correas*

Para que haya derecho, tiene que existir un discurso que lo reconozca como tal. Cuando el discurso jurídico sostiene que una norma integra el ordenamiento jurídico; cuando los jueces dicen qué es el derecho; cuando los juristas, los abogados y todos los operadores del derecho, dicen lo que se debe hacer y lo que no; cuando alientan algunas conductas y desaconsejan otras; están simplemente reproduciendo el orden social de la sociedad en la que actúan.

Ésta es la victoria de la dogmática jurídica: hacernos creer que estamos frente a una ciencia, neutral, objetiva, imparcial, imperturbable y usar el derecho sin la menor conciencia crítica. Soslayar, en definitiva, la función social que tiene la Administración de Justicia, haciéndonos incapaces de transformar las injusticias y negándonos nuestra responsabilidad al respecto.

## 1. El derecho como discurso

El derecho es un discurso prescriptivo y, como discurso, contiene una ideología que se formaliza en el lenguaje. Ese lenguaje se nos incorpora desde niños en la formación ciudadana y no es, por supuesto, ni neutro,

.....

(1) Abogada especialista en derecho administrativo. Docente en Derecho Administrativo (UBA) e investigadora en el Proyecto de Investigación en Derecho “Metodología y caracterización de la producción de conocimiento en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UBA”. Es, además, alumna de la Especialización en Magistratura. El presente trabajo fue realizado en el marco de la materia “Función social de la administración de justicia”.



ni objetivo, ni ingenuo. Va a ir conformando nuestro imaginario social de tal manera que, sin darnos cuenta, nos encuentra, aun desde la posición más desfavorecida, con la mejor voluntad para vigilar la reproducción social.

A través del cuento de León Tolstoi el “El juez justo”, y desde una hermenéutica comprensivista, o bien sencillamente desde otra forma de ver el derecho, haré un recorrido por cinco ejes con el objeto de saldar, a partir de esta nueva mirada, la hoy vieja sensación angustiosa que despierta la dogmática cuando nos hacemos prisioneros de sus designios.

En el cuento se narra la “justeza” o “habilidad” de un juez, quien, a partir de estrategias empíricas y pruebas efectuadas para desentrañar un conflicto, llega a lo “correcto”, a descubrir la “verdad”, constituyéndose, por tal veredicto, en un “juez justo” o “hábil”, conforme se lo denominó en el pueblo. Se trató de una cualidad que motivó al Rey a ir a su encuentro a fin de comprobar “la verdad” de tales comentarios.

Cabe señalar que en el cuento tanto se nos aparece la verdad como cosa cognoscible, como cosa a la que es posible acceder, como cosa dable de ser encontrada o descubierta —lo que depende, entonces, de la habilidad o capacidad—, como se delinea al juez como ser imparcial, neutro, con potencialidades individuales o subjetivas para ser justo, para determinar qué es lo correcto, cómo se debe actuar y, en consecuencia —con el poder que le es propio—, cómo castigar al infractor. Su lugar, entonces, es custodiar la ley y, por lo tanto, reafirmarla.

En ese entonces, la sociedad estaba ordenada con simplicidad estamentaria, estructurada centralmente en la propiedad privada: el Emir era la ley; después estaban los nobles, a quienes la ley favorecía; y, por último, el pueblo sin derechos, pero sujeto a la ley. Los tribunales resolvían conflictos particulares, que le llevaban al juez para su resolución.

En una lectura dogmática, tanto *iusnaturalista* como positivista, la racionalidad del juez le permite, por su subjetividad, conocer la realidad dada, descubrir la verdad y castigar, en consecuencia, a quien actuaba mal —es decir, en contra de la ley—. En el caso, se trata de delitos menores contra la propiedad. Propiedad que, en ese tiempo, solo poseían ciertos individuos en función de su ubicación jerárquica en la sociedad y que debía ser tutelada por los tribunales.

Podemos, desde otra lectura, decir ahora que el juez, con su versión de los sucesos, reconocía cómodas certezas que, en realidad, reproducían la desigualdad social, consolidando así el estado de cosas y manteniendo el orden social. El juez no actuaba según su capacidad solipsista —como un detective que trata de dilucidar un caso o como sujeto que conoce al mundo que está ahí, para ser tomado—, sino que interpretaba lo sucedido organizando los hechos desde su modo de mirar al mundo, otorgándoles sentido, construyendo una realidad; en definitiva, imponiendo una verdad.

Desde el poder que le daba su autoridad —“parcial”, por su situación tempo-espacial—, y como integrante inescindible de una sociedad —y, por lo tanto, como portador de cierto imaginario social—, el juez construía la versión de su relato. Finalmente, con su veredicto imponía su mirada de la realidad, su verdad. Verdad que se hace posible con la presencia receptiva del imaginario social que portan sus destinatarios; verdad que es resignificada y reproducida por quienes van en su búsqueda y se conforman con los fallos del juez, lo que garantiza su propagación y su confirmación en la efectividad de las prácticas sociales.

En otro lugar quedaban lo/s sentido/s, las percepciones de quienes padecían esa ley que no los comprendía, ese discurso jurídico que los desoía. Sus conflictos, sus resistencias, sus demandas, reclamos e intereses se mostraban en otro lugar ya que, institucionalmente y por medio del castigo humillante, debían ser acallados y aplacados de forma ejemplar.

Había en la mirada del “juez justo” una relación entre verdad y justicia: ambos conceptos se contenían. Este sentido de la justicia, en tanto verdad, garantizaba ese orden social. Era una justicia individual: dar a cada uno lo suyo, en sentido aristotélico, siguiendo las estructuras de la sociedad de ese momento. El Emir de Argelia —“la ley”— pudo regresar tranquilo —la paz social se resguardaba, todo estaba en orden, el que violaba la ley era castigado, el juez era justo— y, satisfecho Bauakas, ofreció al juez una recompensa.

Mirado el derecho como discurso, y no como ordenamiento normativo, hay que decir que:

“el Discurso crea una ficción, que legitima el poder, diciendo lo que esta bien y lo que está mal. Estableciendo una neutralidad falsa, determina quién lo va a interpretar, con la noción de autoridad, ocupando el lugar de la verdad, interpelando al sujeto, que ficcionalmente es anterior al discurso, que a su vez articula-

do con el imaginario social, constituye la fuerza y sin fuerza no hay poder, sin poder no hay orden, sin orden no hay cohesión social, sin cohesión social el discurso se desarticula".<sup>(2)</sup>

Se trata, entonces, de concebir al derecho como discurso, y no como ordenamiento normativo ni como *corpus* de principios metafísicos o esenciales; es decir, de pensar en el derecho como un lenguaje social y no como un conjunto de hechos lingüísticos, de pensarlo como aquello que comunica, como acción comunicativa, o, en palabras de Foucault como "juegos estratégicos de acción y reacción y también de lucha".<sup>(3)</sup> Es un modo de enunciación, un mundo propuesto, una realidad inventada en la historia que se cuenta, que se relata.

Desde el discurso del derecho, leemos la forma en que se encontraba distribuido el poder, las instituciones que existían, el castigo como humillación individual, las prácticas sociales de la época, la circulación de bienes en esa sociedad. Es más, podemos agregar que no todos poseían derechos, aunque sí eran sujetos por ese derecho, por esa ley. La sociedad estaba estructurada de acuerdo a un claro y reconocido orden jerárquico, y el poder se entendía como regla y prohibición, como regla apta para mantener ese orden social. Es decir, estamos ante una concepción jurídica negativa del poder que, conforme ha señalado Foucault, se puede instrumentar la simpleza de una sociedad.

## 2. Verdad en el proceso

En cuanto a la verdad, en lo que nos proporciona el cuento, ya dijimos que de acuerdo a esa mirada explicativa, la verdad era algo posible de alcanzar, que solo había que descubrir. Hoy interpretamos que no hay una verdad, que se dice una verdad y que, entonces, debemos poder incluir otras. Foucault nos plantea:

"... creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y por consiguiente, podemos hacer a partir de ello

.....

---

(2) RUIZ, ALICIA, "Del imposible acto de juzgar", en *Idas y Vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Editores del Puerto, 1995.

(3) FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995.

una historia externa, exterior, de la verdad (...) Las prácticas judiciales la manera en que los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera<sup>(4)</sup> en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas ó si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia-creo que son algunas formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad...”.

Si no hay modo de definir verdad, nos interesa, entonces, desde nuestro campo de conocimiento y siguiendo el estilo foucoultiliano, ir al encuentro de lo que se tiene por verdadero y ver aquéllo que impone verdades.

¿Qué ha pasado con la verdad jurídica hoy? Se ha ubicado en el proceso. La verdad jurídica es aquella a la que llamamos verdad material, la verdad del expediente. El juez ya no necesita decir que ha encontrado la verdad, sino que ésta está, se encuentra en el expediente (premisa igualmente falsa). Todo lo que no está en el expediente no existe en el mundo jurídico: frase familiar del terreno judicial. El juez recuesta su responsabilidad en el dispositivo técnico del expediente. La potencia-capacidad-habilidad-responsabilidad- de hallar la verdad se ha trasladado a las partes, o más bien a los operadores del derecho, tanto como sus estrategias para demostrar, para acreditar. El orden jurídico, entendido como un sistema normativo dotado de una coacción organizada e institucionalizada, ha encontrado su verdad en el proceso judicial.

Como nos ilustra Martyniuk

“La realidad es que (...) el derecho no tiende en última instancia al establecimiento de la justicia. Tampoco al de la verdad. Tiende exclusivamente a la celebración del juicio con independencia de la verdad o de la justicia (...) La producción de la res judicata merced a la cual lo verdadero y justo son sustituidos por la sentencia, vale como verdad aunque sea a costa de su falsedad e injusticia, es el fin último del derecho”.<sup>(5)</sup>

.....

(4) *Ibid.*

(5) MARTYNIUK, CLAUDIO, *Jirones de piel, ágape insumiso Estética, epistemología y normatividad*, Treintadiez S.A., 2011, p. 39.

Desde otro punto de vista, los que pretendemos escapar de la dogmática podemos decir que la verdad (aun la del expediente) es el sentido que se impone entre los múltiples sentidos en lucha que se van contraponiendo a lo largo del proceso judicial. Ese es el sentido triunfante que el juez reconfigura —en el sentido de Ricoeur—<sup>(6)</sup> y que consagra con su veredicto; veredicto que, a su vez, es reconfigurado por la sociedad en cada lectura.

Cabe adunar lo expuesto con el aporte de Enrique Marí:

“Una decisión judicial (...) tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el que intervienen otros discursos que diferentes por su origen y función, se entrecruzan con él (...) En tal caso, tal decisión refleja la relación de fuerzas de los discurso en pugna. En muchas ocasiones un discurso ausente es el condicionante principal, provenga de razones económicas (organización del sistema productivo), de razones políticas, ideológicas etc.”.<sup>(7)</sup>

Volviendo al interrogante “¿Qué ha pasado con la verdad jurídica hoy?”, debemos recordar la definición que de ésta ha brindado Alicia Ruiz: “verdad jurídica es una verdad construida, que no está ahí para ser descubierta, sino que es producto de un complejo proceso de conocimiento y de decisión”.<sup>(8)</sup>

Así, tenemos, por un lado, la creación de la ficción de la “cosa juzgada”, que resulta operativa para seguir sosteniendo aquella verdad-justicia, necesaria para legitimar el orden social imperante. Pero, por otro lado, podemos decir que la cuestión o problema acerca de la verdad ha sido abandonado y reemplazado por el problema o la cuestión del sentido. Hoy la lucha es del sentido. Ahora bien, ¿quién lo impone y cómo se impone? En palabras foucaultianas: debemos ir al encuentro de lo que se tiene por verdadero y ver aquello que impone verdades.

.....

(6) RICOEUR, PAUL, “La identidad Narrativa”, en *Historia y Narratividad*, Barcelona, Paidós, 1999.

(7) MARI, ENRIQUE E., *Moi, Pierre Riviere... y El Mito de la Uniformidad Semántica de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Bs. As., Papeles de Filosofía, Biblos, 1993.

(8) RUIZ, ALICIA, “La Construcción social y jurídica de la verdad”, en *Idas y Vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Editores del Puerto, 1999.

### 3. La relación entre acontecimiento y relato

Hablamos de acontecimiento para no hablar de hecho como dato estático, sino como aparición, como ocurrencia. Si el acontecimiento comprende el hecho narrado —lo sucedido— y se constituye en un dato en proceso, el relato da cuenta del sentido dado mediante la narración, de la historia que se ha construido.

Según Calvo,<sup>(9)</sup> la alegación de los hechos importa más por el discurso narrativo que por los hechos en sí mismos considerados. Los hechos se convierten en palabras que proyectan un sentido y, al fin, totalizan unidad de coherencia solo a través del discurso.

Concebimos al relato como un texto, como la manera de narrar, relatar, relacionar los acontecimientos y los diferentes elementos de la enunciación (discursos, emisor, receptor y la situación a comunicar). Ese encadenamiento que se hace al describir los hechos, a los que se les suma las normas, sería el relato. Y en el derecho, como en otros órdenes de la vida, se relata; es decir, se construye la trama y el significado: se le otorga carácter de unidad o identidad, lo que lo hace aparecer verosímil. En palabras de Ricoeur: “El relato es la dimensión lingüística que proporcionamos a la dimensión temporal de la vida (...) al imitar de forma creadora la acción efectiva de los hombres, la reinterpreta, la redescubre o (...) la refigura”.<sup>(10)</sup>

El relato, entonces, es la composición de estos acontecimientos, es la acomodación u ordenación de los hechos de manera que puedan ser creíbles, comprendidos, y seguir un curso con apariencia de verosimilitud.

Son estos relatos, estos significados, estas verdades, los que se encuentran en lucha a lo largo del proceso, como mostrábamos anteriormente, y los que culminan en la “construcción social y jurídica de la verdad”; dicho de otro modo, en el relato del juez: la sentencia.

El relato del juez justo presenta su versión narrativa a partir del significado que le atribuye a los acontecimientos: relatos que le hicieran cada parte en litigio —cada una con sus versiones de lo acontecido—, que él superpone y arma según su visión de los acontecimientos, sometiéndolos a prueba, recreando o reciclando los hechos, reelaborando el texto que él mismo

.....

(9) CALVO, JOSÉ, *Derecho y Narración* Barcelona, Ariel Derecho, 1996.

(10) RICOEUR, *op. cit.*

produce sobre lo ya acontecido, lo que deriva en su relato final: su veredicto; es decir, la expresión y justificación de su forma de relacionar con coherencia, cohesión y verosimilitud lo sucedido.

La idea de que las verdades son versiones de sentido, o distintos relatos sobre el significado de los hechos, es posible de ver en la película *Rashomon* (1950) de Akira Kurosawa, que exhibe cuatro perspectivas o versiones de un “accidente o conflicto”. Claramente cualquiera de los cuatro relatos suscitan en el espectador similar credibilidad, con lo cual resulta evidente la relevancia de lo narrativo en la construcción de la verdad, tal como lo ha destacado Calvo —idea que se remarca en la nominación de su texto como el Discurso de los hechos—.

#### **4. La sentencia como narración**

La sentencia es la decisión, el relato final, el significado final que le atribuye el juez a los significados en lucha, que atraviesan y transcurren al conflicto suscitado a lo largo del proceso judicial.

La narración, como venimos diciendo, es la cadencia del relato; de su coherencia, cohesión y verosimilitud depende la credibilidad de su producto. Es la instancia productora del discurso cuyo producto es la sentencia.

Es desde la narración donde se puede explorar, por tanto, las perspectivas de justificación. Es por medio de la narración, de cómo el juez ha construido su texto —su sentencia— que se explicita cómo ha llegado a su decisión. La narración es, así, un modo de objetivar su proceso intelectual, de demostrar cómo ha construido su versión del conflicto.

En la sentencia como narración, el juez ofrece su verdadero relato de lo que ha sucedido. La narración es la argumentación que le da verosimilitud a su relato, que lo torna creíble. Por medio de esta narración, el juez ejerce su autoridad, su competencia dada: a la vez obligación para juzgar y decir la verdad.

La importancia vital que da Calvo al discurso narrativo se puede ver como la única posibilidad de identidad ricoeuriana: la narrativa, la del texto, la de trama. La posibilidad de construir un relato coherente surge, entonces, de la coherencia narrativa.

Debemos agregar que esa sentencia como narración coherente y verosímil logra imponer su verdad-versión, su sentido, si cuenta con la imaginación, cual recipiente que recibe y espera.

En palabras de Calvo:

“Esa connotación que de lo narrativo es capaz de aportar un sistema de unidad de sentido, es una voz narrativa *in off* indentificable si no es con un imaginario social. Captar el sentido de esa imaginación y mostrarlo narrativamente en el discurso de los hechos significa proveerlo de coherencia. Solo entonces el discurso del narrador restituye a sus oyentes o lectores a ese ámbito ideológico-emotivo, armónico con las implicancias políticas, sociales, económicas y morales que en suma equivale a la reconocibilidad de cuantas pretensiones una determinada legitimación político-moral convoca y despliega en su imaginaria visión de la realidad de los hechos”.<sup>(11)</sup>

## 5. El problema de la interpretación

La interpretación como atribución de un sentido se aplica tanto a los hechos como a la normativa, aunque siempre se presente como interpretación a esta última. A lo largo del proceso, el intérprete irá adscribiendo significados y otorgándole sentidos a los significados o textos que se van produciendo. En la sentencia compone narrativamente los significados adjudicados, que darán el significado final. El control de discrecionalidad aparece, entonces, por el lado del discurso narrativo.

Obviamente que el intérprete —el juez— actúa como un ser histórico, como un ser espacio-temporal, al decir gadameriano, o bien como un ser social impregnado de la racionalidad de su pertenencia, por lo cual la búsqueda de sentido, la interpretación, plantea un cambio de sensibilidad: un abandono de la comodidad dogmática a partir de la cual se mira los hechos como datos fijos a conocer, de resguardar su responsabilidad en la literalidad de la ley y de ver al derecho como ordenamiento normativo.

“La interpretación se consagra ‘al componer los hechos como historia que se narra’”. Ya no se tratará, dice Calvo,<sup>(12)</sup> de articular las relaciones entre hechos y derecho en forma simétrica y transitiva, como paso inclusivo de los hechos a normas, y de éstas, a los hechos.

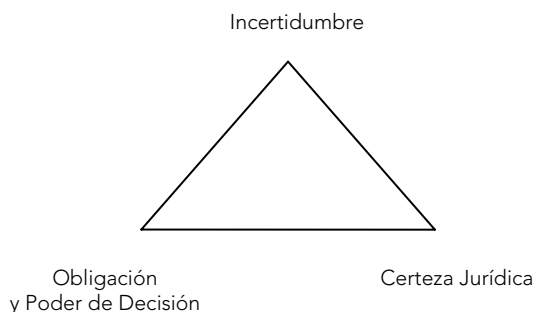
.....

(11) CALVO, *op. cit.*

(12) *Ibid.*



El momento interpretativo:



Veamos el momento interpretativo:

Y veamos, también, el dilema del decisor: "... el punto de vista del decisor es interno y su condición la de participante del sistema jurídico. Dotado de poder para la toma de decisiones, se halla también sujeto al deber de producirlas de acuerdo con determinados niveles de corrección jurídica".<sup>(13)</sup>

## 6. Conclusión

La función social de la Administración de Justicia espera que nos hagamos cargo, desde el lugar que nos toque; que veamos en cada conflicto la posibilidad de aminorar las injusticias a partir del rescate de esos significados ocultos, desoídos —muchas veces expropiados por los operadores jurídicos— y otros directamente no existentes en esta historia del mundo jurídico; que incluyamos otras versiones, otras realidades, otras verdades, por qué no, otros derechos de otras partes de la sociedad que esperan ser mirados si es verdad pretendemos una sociedad que conviva en su pluralidad, en su heterogeneidad. Una sociedad más justa e igualitariamente diferente. Por supuesto que, entonces, la función de un juez, como la de todos los operadores del derecho, no es un premio ni la recompensa del Rey. Es un desafío; un trabajo nunca tranquilizador, pero necesario.



.....

(13) Ver Arnio en el texto de Calvo, *ibid.*

# La hermenéutica de un caso jurisprudencial sobre trata de personas para la explotación sexual

## La creación de la decisión

MARÍA EUGENIA DI LAUDO<sup>(1)</sup>



### 1. Introducción

El trabajo tiene como objeto la aplicación de conceptos filosóficos, especialmente los relacionados con la adquisición del conocimiento, la interpretación, los hechos y su verdad, el proceso y la creación del discurso decisivo (la sentencia). Ello a partir de la hermenéutica de un caso jurisprudencial, reflejado a través de la sentencia “C., M. del C. y otro s/ recurso de casación”,<sup>(2)</sup> en la que se revela un caso de trata de personas para la explotación sexual.

A partir del desarrollo de conceptos filosóficos generales, analizaré una decisión judicial concreta y real, identificando —en los hechos y la interpretación jurisdiccional— aquellos parámetros generales expuestos en abstracto por la filosofía.

.....

(1) Docente en el área de Derecho Penal y Procesal Penal, Secretaria Letrada de la Defensoría General de la Nación y Defensora *ad hoc* ante la CFed. Cas. Penal. Es, además, alumna de la Especialización en Magistratura. Este trabajo se realizó en el marco de la materia “El derecho y la justicia: una mirada desde las Ciencias Sociales y la epistemología”.

(2) CFED. CAS. PENAL, Sala IV, “C., M. del C. y otro s/recurso de casación”, 04/06/2013, Causa 316/13, Registro 915/13.

La creación de la decisión constituye la principal y específica tarea de juzgar que, en principio, y sobre todo, en el entender colectivo social, pone fin a un conflicto sometido a la jurisdicción y muchas veces excede el solo interés de las partes, trascendiendo a la sociedad toda.

La propuesta implica identificar conductas humanas que se desarrollan en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar. Y no me refiero solo a las conductas de los sujetos del hecho del proceso (en este caso, imputados y víctimas), sino también a la actividad de los funcionarios judiciales intervinientes como el fiscal, el defensor y especialmente el juez en la creación de la sentencia. El contexto legal y político social que los abarca al momento de actuar en un caso concreto.

Primeramente, habremos de plantear el caso, describiendo los hechos que lo integran, el modo en que han sido probados y su significación jurídica para los distintos órganos jurisdiccionales de intervención.

Me referiré al tema de la verdad dentro del proceso judicial, sobre el cual se considerará si es posible determinar verdades —aunque no sea más que parcialmente— como en otros ámbitos del conocimiento, si existe una verdad procesal distinta de la verdad real, y si la averiguación de la verdad es un objetivo al que debe tender la administración de justicia en general y el juicio penal en particular.

También haré referencia a la interpretación que realizan los distintos jueces de los hechos, conforme las pruebas incorporadas, para decidir la significación jurídica y el nivel de involucramiento de los imputados con los hechos.

A partir de una hermenéutica holística de la sentencia veremos cómo, ante la misma prueba reunida, los jueces de las distintas instancias interpretan y le dan una significancia diferente al rol participativo de los imputados.

La significación jurídica que realiza la Cámara de Casación acerca de la participación de C. y S. en el hecho de trata de personas difiere de la realizada por la Cámara de Apelaciones, pero no solo porque le otorgó distinta relevancia a algunas pruebas sobre otras, sino porque en el plano jurídico interpretó lo ocurrido de un modo distinto al órgano jurisdiccional de anterior intervención.

Desde una interpretación holística del caso propuesto, me atrevo a aseverar que la doctrina penal y procesal son una gran ayuda para resolver y entender muchas cuestiones de los casos sometidos a jurisdicción, pero no son suficientes, si no partimos del caso, de los hechos y sus circunstan-

cias, de los justiciables y sus circunstancias, de los sujetos que actúan y sus circunstancias; del contexto legal, social y político en que se inserta el caso judicial. En definitiva, ninguna norma, doctrina, ni teoría tiene suficiente utilidad si primero no partimos de lo que da origen a la creación de esa teoría o doctrina, que no puede ser otra cosa que los hechos, la realidad, las conductas humanas en un determinado tiempo y contexto jurídico, político y social. Todo eso junto es derecho, y de todo ello nos debemos ocupar los operadores judiciales.

## 2. Planteo del caso

Las reflexiones filosóficas que abordaré en este escrito surgen de la conjunción de los conceptos generales con el estudio de la sentencia "C., M. del C. y otros s/ recurso de casación" de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal ya citada.

El juez federal de Mar del Plata decretó el procesamiento de M. del C. C. y A. R. S. como coautores del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, agravado por haber sido cometido por más de tres personas y por haber resultado más de tres víctimas, en concurso ideal, con el delito de explotación económica de la prostitución (arts. 145 *bis*, incs. 1 y 2; 127; 45 y 54 CP), así como también los delitos previstos en los arts. 116 y 117, agravados por los arts. 120, inc. a, y 121, todos de la ley 25.871.

La defensa apeló el procesamiento y la CFed. de Apel. de Mar del Plata resolvió revocarlo y declarar la falta de mérito respecto de S. y C. Sin embargo, mantuvo el procesamiento de J. C. M. como autor del delito de trata de personas con fines de explotación sexual y explotación económica de la prostitución.

Contra la falta de mérito de S. y C., el fiscal interpuso recurso de casación, el que fue denegado por la Cámara de Apelaciones y concedido por la Cámara de Casación.

El fiscal expresó que la sentencia recurrida resulta arbitraria, por sus graves defectos de motivación. A saber:

- Haber omitido la subsunción del caso en las reglas de la participación criminal.
- Prescindir de valorar elementos de prueba determinantes, tales como:
  - Que el bar "La Posada", donde las mujeres eran prostituidas y ofrecidas por M. con fines de explotación sexual, pertenecía a la sobrina de M., la aquí imputada M. del C. C.

- Que la Cámara de Apelaciones yerra en afirmar que el hotel "El Paraíso" era propiedad de S. y C., cuando en realidad perteneció a la sociedad "D.", conformada por S. (presidente) y M. (director suplente), la que además era titular de la camioneta en la que ingresaban mujeres desde la República del Paraguay.
- Que S. y M. denunciaron el mismo domicilio.
- Que S., alias "P.", fue señalado por varias de las mujeres víctimas como dueño de la explotación ilícita (declaraciones de C., P. y S.).

Con base en la prueba señalada, el fiscal concluyó en que:

- La valoración de la Cámara de Apelaciones acerca de que los imputados S. y C. solo se habían limitado a alquilar las habitaciones del hotel "El Paraíso" a J. C. M. y ello es una "conducta jurídicamente neutra", omite valorar que "habría un grupo organizado de personas que se dedicaron a traficar mujeres desde Paraguay para ser sometidas sexualmente en Argentina".
- La circunstancia objetiva de que el bar "La Posada", donde se ofrecían las mujeres, pertenezca a C., sobrina de M., acreditaría el conocimiento y voluntad que esta tenía sobre la situación, máxime teniendo en cuenta lo ostensible de la actividad prostibularia que se desarrollaba.
- Existe una autocontradicción en la sentencia, pues mientras se valoró en contra de S. la utilización de la camioneta Hilux en la sociedad "D.", no se hizo lo mismo con S., quien era presidente de dicha sociedad.
- El aporte de C. y S. consistió en hacer todas las inversiones necesarias en infraestructura y medios materiales para obtener el desplazamiento territorial de las mujeres tratadas, lo que les otorga en la complejidad del delito investigado, una actividad distinta a la mera ejecución de la conducta de mano propia.
- Las conductas atribuidas a S. y C. constituyen una participación primaria, por necesaria, en los hechos imputados a J. C. M.
- S. y C. aportaron el bar "La Posada" y el hotel "El Paraíso", para que se lleve a cabo la explotación sexual de dieciséis mujeres. Dicho aporte fue intencional, pues destacó el parentesco entre M., C. y S., su vinculación societaria, lo ostensible de la actividad y los réditos económicos que obtenían.

### ***2.1. La sentencia de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal***

Sin perjuicio de que el dictado de una falta de mérito no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 457 CPPN, requisito fundamental para acceder a la jurisdicción casacional, los jueces de la Cámara de Casación expresaron que debe equipararse a definitiva por la "naturaleza federal del agravio" invocado por el fiscal. Puesto que la "omisión de su examen podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación".

En esencia, la Cámara de Casación expresó que los hechos probados y aceptados por la Cámara de Apelaciones, contrariamente a lo sostenido por esa cámara a quo, tienen significación jurídica frente al orden penal que determina la participación criminal de los imputados C. y S. en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual del que es autor, entre otros, M. Veamos.

Las circunstancias fácticas probadas son:

“... de las constancias de la causa surge que los encartados construyeron un hotel, obtenían el producido económico del mismo (el alquiler de las habitaciones), que M. del C. C. es sobrina y alquilaba el local ‘La Posada’ a J. C. M. y este último formaba parte junto con S. de la firma D. SA...”.

La Cámara de Apelaciones dijo que el rol de los imputados no se adecua a ningún tipo penal y, por ende, atribuirles participación violentaría los arts. 18 y 19 CN (principio de legalidad y derecho penal de acto), pues se ha “... reemplazado la prohibición prevista en el tipo penal por la infracción a un rol social no previsto legalmente” y que ese criterio venía a subsanar el déficit probatorio respecto del aspecto subjetivo del tipo penal de trata de personas con fines de explotación sexual.

Frente a este panorama, la Cámara de Casación expuso que la base fáctica brindada por la misma Cámara de Apelaciones resulta susceptible de una valoración a la luz de las reglas de la participación criminal, resultando típicas las conductas de S. y C.

En efecto, realizó la siguiente valoración: “... el hecho de proporcionar al autor los medios necesarios para la comisión del delito es una forma de participación y de grado esencial (...) El análisis de dicha circunstancia aparece como imperativo”.

También advirtió una contradicción entre la valoración de la situación del procesado M. y la de S. y C. Ello así porque respecto de M. se afirmó que “... era dueño (...) del hotel en el que varias víctimas del delito de trata de personas dormían y atendían a los clientes de la actividad sexual, asistía diariamente al lugar, daba órdenes, tenía trato directo y era uno de los que recibía los importantes beneficios económicos de la explotación sexual de las mujeres. Aportó la camioneta de la sociedad para un viaje al Paraguay para traer a las presuntas víctimas...”.

Ante este cuadro de situación, dijeron los jueces de casación que “se advierten diferencias de criterio sobre plataformas fácticas similares, lo que deriva en un razonamiento arbitrario”. Agregaron que se han soslayado elementos esenciales para la solución del caso y concluyendo que “... el resolutorio puesto en crisis adolece del desarrollo de los argumentos que determinaron la decisión, de manera que fuera controlable el inter lógico seguido para arribar a la conclusión, evidenciando así una tacha de ilogicidad que lo torna arbitrario”.

Destacan que el Tribunal a quo se limitó a realizar consideraciones dogmáticas y omitió profundizar en la valoración de la prueba colectada, aseverando que

“no basta con afirmar que se evaluaron los elementos de convicción, sino que es preciso exponer en forma clara, completa, legítima y lógica, la ponderada justificación de las cuestiones de hecho y de derecho extraídas de ellos, dando razones suficientes del procedimiento intelectual seguido por el juez para adoptar su decisión; la fundamentación de la sentencia no puede ser implícita sino explícita...”.

También que “lo relevante del caso es que el hotel denominado ‘El Paraíso’, en el que eran alojadas mujeres de nacionalidad paraguaya que eran explotadas sexualmente por J. C. M., pertenecía a la sociedad que unía a S. y a M. (...) A nombre de dicha sociedad se encontraba registrada la camioneta Toyota Hillux, utilizada presuntamente para ingresar mujeres al país proveniente de la República del Paraguay”.

Por todo lo expuesto, la Cámara de Casación resolvió hacer lugar al recurso de casación del fiscal, anular las faltas de mérito de S. y C. y remitir la causa a la Cámara Federal para que dicte una nueva decisión, conforme los parámetros interpretativos realizados por la casación.

Con las circunstancias de hecho descritas en este caso judicial y sus fundamentaciones, trabajaremos los conceptos filosóficos. En primer lugar, veremos la verdad de las circunstancias que lo conforman y la verdad histórica que es posible reconstruir en un proceso judicial. Más adelante centraremos nuestra atención en la comprensión fáctica y jurídica del caso, valiéndonos de la hermenéutica de la facticidad y la hermenéutica de los textos legales, ambos conceptos tratados por Gadamer. Para concluir, nos introducimos en el estudio de la creación de la sentencia.

### 3. La verdad en el proceso judicial. Las pruebas del caso

Como es sabido, en todo proceso judicial, las partes y el juez se proponen la reconstrucción de la verdad histórica para luego determinar si ese hecho que se armó se adecua a las circunstancias generales descritas por la ley. Esto es, adecuar un evento histórico determinado a una regla general.

En este camino de la reconstrucción de la verdad, los jueces deben basarse en la prueba recolectada en la causa, puesto que “la indagación es precisamente una forma política, de gestión, de ejercicio del poder que, por medio de la institución judicial, pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autentificar la verdad, de adquirir cosas que habrán de ser consideradas como verdaderas y de transmitir las. La indagación es una forma de saber-poder...”<sup>(3)</sup> Se refiere a uno de los fines que tradicionalmente se adjudica al proceso penal, que es la averiguación de la verdad real o material.<sup>(4)</sup>

En función del caso elegido, puede decirse que el derecho procesal penal favorece la investigación de la verdad de los hechos, en una medida muy superior a la prevista por otros procedimientos judiciales —como el civil—, desde el momento en que la actividad probatoria no depende de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que, dado el interés público existente en la pena estatal, es el propio Estado el que a través de sus órganos competentes, está interesado en que se agoten los medios necesarios para determinar la verdad de lo ocurrido.

Ahora bien, cuando se afirma que uno de los objetivos del procedimiento penal es averiguar la verdad, se están asumiendo tácitamente dos posiciones:

1. que es posible determinar, dentro del proceso, alguna correspondencia entre la prueba y lo ocurrido, aunque más no sea relativa, y
2. que es deseable arribar a una base fáctica lo más aproximada a la real para el dictado de resoluciones judiciales justas.

Con relación al primer punto, podemos partir de la base de que es posible determinar verdades en todos los ámbitos, y también en el jurídico, si bien solo podrán obtenerse verdades relativas, en tanto y en cuanto están limitadas por factores de tiempo, recursos, capacidades humanas y las normas jurídicas que imponen límites a la actividad probatoria.

.....

(3) FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 92.

(4) MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Bs. As., Editores del Puerto, 2004, p. 852 y ss.; CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 225.



Esto no implica quitarle valor a esta verdad “relativa” como base sobre la cual construir cierto tipo de conocimiento, sino simplemente asumir que no es posible conocer o probar todos los hechos dentro de un tiempo y espacio determinados, tal como podría ocurrir en otros órdenes de la vida ajenos al derecho.

Esto ocurre no solo dentro del proceso penal, sino con relación a todo tipo de conocimiento, en virtud de las limitaciones de los instrumentos cognoscitivos disponibles y de los marcos de referencia a través de los cuales se construyen versiones de los hechos. Por ejemplo, en las ciencias naturales es claro que las conclusiones que hoy se tienen por verdaderas o válidas, con el paso del tiempo y el devenir de nuevas investigaciones, probablemente lleguen a ser refutadas; sin embargo, aunque se trabaje sobre verdades que no son absolutas, aún con sus limitaciones, estas son necesarias para poder construir el conocimiento racional.

A pesar de que, en la mayoría de los casos, no es posible comprobar empíricamente todas las circunstancias que rodean un caso determinado —lo cual, como dijimos antes, ocurre tanto en el proceso penal como en todos los ámbitos del conocimiento—, de todos modos se puede establecer un “hecho”, un conocimiento basado en la conjunción y análisis concatenado de todas las probanzas acumuladas.

Estas verdades que pueden y deben determinarse en el proceso penal, cabe aclarar, nunca podrían concebirse como verdades procesales distintas a la verdad real, pues esto resultaría un contrasentido, como ya fue insinuado anteriormente: las verdades procesales solo vienen a ser un subconjunto del conjunto de verdades en general, un recorte de un determinado conflicto penal extraído de un trasfondo más vasto, que se diferencian del resto —únicamente— porque para obtenerlas es necesario recurrir a determinadas reglas e instrumentos cognoscitivos. La exigencia legal de respetar estas reglas y la circunscripción del análisis jurídico a solo un grupo de hechos con trascendencia penal no determina, pues, que las verdades que aquí que se puedan establecer sean diferentes a la verdad real, sino todo lo contrario, pues estas pruebas no tienden más que a acreditar hechos ocurridos en la realidad.

En cuanto al segundo punto, intuitivamente podemos afirmar que el proceso penal debe tender a producir decisiones judiciales justas, así como también que no puede existir una decisión justa si está fundada

en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. En palabras de Taruffo, "no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma".<sup>(5)</sup>

El juez no puede escaparse o apartarse de los hechos de la causa solamente cuando se haya probado su real ocurrencia; de esta manera, la norma se estaría aplicando correctamente. Dejo de lado aquellos criterios escépticos acerca de la posibilidad del conocimiento racional, pues consideran que no es posible establecer la verdad de ninguna cosa en general, o que el conocimiento y el lenguaje pueden construirse sin ninguna conexión con la realidad, o que el proceso es un juego retórico-persuasivo en el que la verdad es un dato irrelevante.<sup>(6)</sup>

En el caso bajo análisis, para reconstruir la verdad judicial del acontecimiento y la responsabilidad penal que les cabría a S. y C. en el evento que tuvo por víctimas de explotación sexual a dieciséis mujeres, los jueces, a través del aporte fiscal, cuentan con las siguientes pruebas incorporadas al proceso:

- El bar "La Posada" donde las mujeres eran prostituidas y ofrecidas por M., pertenece a M. del C. C., sobrina del coimputado M.
- El hotel "El Paraíso" perteneció a la sociedad "D."
- S. era el presidente de la empresa "D." y M., director suplente.
- S. y M. denunciaron el mismo domicilio.
- S., alias "P.", fue señalado por varias de las víctimas como dueño de la explotación (declaraciones de C., P. y S.).
- La camioneta Hilux en la que se transportó a las mujeres desde Paraguay es de la sociedad "D."

Ahora bien, reunido un determinado grupo de pruebas, las mismas deben ser interpretadas por el juez para formarse una versión de los hechos, todo ello previo al análisis jurídico de encuadrar el hecho probado en una norma.

.....

(5) TARUFFO, M., *Prueba y verdad en el proceso civil. Derecho, narración y violencia*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 86.

(6) TARUFFO, M., op. cit., p. 28.

Así lo expresa el juez Hornos al observar y concluir en la nulidad de la sentencia de la Cámara de Apelaciones,

“... al momento de dar tratamiento a la situación procesal de los imputados S. y C. (...) la Alzada se ciñó a formular diversas consideraciones de carácter dogmático en punto a la significación jurídica del suceso (...) omitiendo profundizar en la valoración de la prueba colectada, tarea que luce imprescindible a fin de dotar de debida fundamentación al cambio de temperamento adoptado”.

Esta versión se debe construir en base a las pruebas reunidas en la causa. Si bien ya fueron mencionadas algunas de las probanzas tenidas en cuenta por los magistrados, no resulta superfluo considerar, en general, que las mismas pueden ser de muy diversa índole, desde la más tradicional que es la prueba testimonial —obtenida de manifestaciones efectuadas por los testigos del hecho—, la documental —basada en instrumentos o documentos escritos—, la prueba pericial —basada en dictámenes producidos por profesionales de una determinada ciencia, arte, o profesión, y que puede versar sobre cualquier tipo de conocimiento—, entre otras.

La prueba cumple un papel dentro del proceso penal, que no solamente sirve como fuente actual de conocimiento de hechos pasados, en base al cual estos pueden ser reconstruidos históricamente y se puede probar la verdad de una hipótesis delictiva, sino que además son el sustento y fundamento esencial de las decisiones judiciales, puesto que los razonamientos e inferencias a los que acude el juez siempre deberán tener como base los hechos probados.

Pues bien, puede ocurrir que aunque las pruebas hayan sido obtenidas conforme al procedimiento legal y no hayan sido controvertidas por prueba en contrario, pudiendo ser tenidas por válidas, su análisis en conjunto arroje como resultado distintas versiones posibles de un hecho. ¿Cómo elegir la mejor entre estas versiones, o mejor dicho, cuál tener por verdadera?

Si bien pueden existir muchas visiones acerca de una determinada situación probada, en función de los distintos marcos de referencia tomados en cuenta por cada juez, ello no significa que todas estas distintas versiones del mundo sean igualmente aceptables. En estos casos lo que ocurre es que el intérprete (el juez) termina eligiendo la versión que mejor le per-

mite comprender y explicar la ocurrencia de determinados sucesos. Así, Goodman sostiene que “cualquier argumentación que se avanzara en defensa de la categoría o el esquema propuestos no podría ser a favor de su verdad (dado que categorías y esquemas carecen de valor de verdad), sino a favor de su eficacia a la hora de construir y de entender mundos”.<sup>(7)</sup>

En el caso que aquí nos ocupa, se desprende que los hechos que tuvieron por probados los jueces de la Cámara de Apelaciones y los de la Cámara de Casación fueron los mismos, pues no existió controversia alguna acerca de ellos entre ambas instancias. En efecto, ambos tribunales tuvieron por probado que: “... de las constancias de la causa surge que los encartados construyeron un hotel, obtenían el producido económico del mismo (el alquiler de las habitaciones), que M. del C. C. es sobrina y alquilaba el local ‘La Posada’ a J. C. M. y este último formaba parte junto con S. de la firma D. SA...”.

Respecto de M., se afirmó que

“... era dueño (...) del hotel en el que varias víctimas del delito de trata de personas dormían y atendían a los clientes de la actividad sexual, asistía diariamente al lugar, daba órdenes, tenía trato directo y era uno de los que recibía los importantes beneficios económicos de la explotación sexual de las mujeres. Aportó la camioneta de la sociedad para un viaje al Paraguay para traer a las presuntas víctimas...”.

Sin embargo, para la Cámara de Apelaciones, el rol de S. y C. resulta atípico, y para la Cámara de Casación, “... el hecho de proporcionar al autor los medios necesarios para la comisión del delito es una forma de participación y de grado esencial (...) El análisis de dicha circunstancia aparece como imperativo”.

La prueba, una vez interpretada por el juez, da apoyo empírico a una base fáctica determinada, el intérprete va a elegir como válida o verdadera de entre otras posibles, y sobre la cual luego hará la hermenéutica normativa del suceso, pero siempre —como primera medida—, el juez deberá interpretar los hechos y tomar partido por la versión que, entre varias, solucione mejor el caso, pues “solo a la luz de la interpretación algo se convierte en un ‘hecho’ y una observación comienza a poseer carácter informativo  
.....

(7) GOODMAN, NELSON, *Maneras de hacer mundos*, Madrid, Visor, 1990.

(...) Esto significa, en definitiva, que la interpretación no es un recurso complementario del conocimiento, sino que constituye la estructura originaria del 'ser-en-el-mundo'".<sup>(8)</sup>

En el caso, la interpretación de la Cámara de Casación determina que el hecho probado en función del rol asumido por S. y C. tiene significancia jurídico penal y debe ser analizado a la luz de los parámetros normativos fijados por el CP en relación a los partícipes de un delito, específicamente de la participación necesaria en la conducta de M., de conformidad con el art. 45 CP.

Ahora bien, ¿qué elementos pueden influir en la decisión del juez acerca de cuál es la base fáctica a tener en cuenta para luego realizar la subsunción jurídica?

Ya dijimos que resulta decisiva la circunstancia que esta hipótesis se apoye en la prueba recolectada en la causa, y que a su vez sea la que, entre otras, mejor pueda resolver el caso en concreto. Pero existen otros elementos a tener en cuenta. Ya fue mencionado que la verdad procesal es una verdad aproximativa, y esto es así porque en el ámbito jurídico, como en muchos otros, existen distintas limitaciones a la determinación de la referida verdad procesal, que ya fueron mencionadas, pero a las que ahora cabe agregar la subjetividad del intérprete. En palabras de Ferrajoli,

"Toda reconstrucción judicial mínimamente compleja de los hechos pasados equivale en todo caso a su interpretación, a la que el juez llega partiendo de hipótesis de trabajo que, aun cuando precisadas o modificadas en el curso de la investigación, le llevan a valorizar algunas pruebas y a descuidar otras, y le impiden a veces no solo comprender sino incluso ver datos disponibles pero en contraste con ellas. En todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio".<sup>(9)</sup>

En este sentido, la subjetividad del juez que interpreta los hechos está determinada por la circunstancia de que "el científico social pertenece en cierto modo él mismo a la sociedad que convierte en objeto de su investi-

.....

(8) GADAMER, H. G., "Texto e Interpretación", en (ed.) Gómez Ramos, A., *Diálogo y deconstrucción. Los límites del encuentro entre Gadamer y Derrida*, Madrid, Cuaderno Gris, 1998, p. 24.

(9) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 56/57.

gación (...) el científico social, a lo menos bajo determinados punto de vista formales, comparte con las personas que estudia el saber preteórico de un adulto socializado y su status de miembro de un mundo de la vida".<sup>(10)</sup>

Así, en la sentencia que analizamos, los jueces que interpretan el caso, antes de hacerlo bajo el prisma de las leyes de aplicación específica y como profesionales del derecho, realizan evaluaciones como personas pertenecientes a una sociedad del mundo occidental, sudamericana, específicamente en la Ciudad de Buenos Aires, donde objetivamente se observan cada vez más denuncias de hechos de violencia de género, y sobre todo en un país que mediante una política social y judicial se ha comprometido con la comunidad internacional a luchar contra la trata de personas para la explotación sexual y laboral y la violencia de género; al tiempo que decidió otorgar especial protección y acceso a la justicia a las personas en estado de vulnerabilidad. Esta política, actualmente, constituye una lucha que se instaura como una práctica social.

De esta manera, el Poder Judicial de la Nación y los Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscal crearon dependencias especiales para trabajar la temática. La CSJN tiene la Oficina de Violencia Doméstica; la Defensoría General de la Nación, la Comisión sobre temáticas de Género; y la Procuración General de la Nación, la Procuraduría de Trata de Personas y Secuestros Extorsivos.

En esta línea de política estatal, los jueces están inmersos en la obligación de respetar los compromisos asumidos con la comunidad internacional al incorporar al derecho interno con categoría supralegal el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* —Protocolo de Palermo— (ley 25.632), el que en su art. 3º, inc. a) define que

“Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona

.....

(10) HABERMAS, JÜRGEN, “Un fragmento (1977): objetivismo en las ciencias sociales”, en *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 458.

que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos...”.

A todo ello, se aduna que los jueces acarrear sus historias y vivencias personales, de las que, por supuesto, no tenemos conocimiento; pero sin lugar a dudas podemos decir que condicionan su subjetividad e influyen —de alguna manera— en la toma de decisión.

Entonces, estos conocimientos preteóricos también tienen incidencia en la elección de la base fáctica señalada como verdadera o válida, para apoyar sobre ella la posterior interpretación jurídica, si bien en última instancia, la prueba es el único instrumento que puede ser utilizado por el juez para afirmar que un determinado evento pasado tuvo lugar en un determinado lugar, tiempo y modo.

“Dirigiendo la vista a lo lejos, para observar diferencias, se muestra la configuración de saber y el orden del discurso en el ámbito de las prácticas sociales. Las ideas, clasificaciones y prácticas ordenatorias son un modo de hacer el mundo, permiten reconocer, apreciar, conocer y seguir reglas, a través de prácticas convergentes. Cuánto más se acumulan nuestros conocimientos, tanto más se oscurece el esquema de conjunto, porque las dimensiones se multiplican y se expanden los ejes, lo cual paraliza los métodos intuitivos”.<sup>(11)</sup>

#### **4. Comprensión del caso. Su interpretación y hermenéutica**

A partir de lo propuesto por Hans-Georg Gadamer en *Texto e interpretación*,<sup>(12)</sup> respecto a la hermenéutica, intentaremos comprender el hecho objeto del caso jurisprudencial y la normativa aplicable a él que hacen de la sentencia un texto que refleja un “caso penal”.

.....

(11) MARTYNIUK, CLAUDIO, “Tenazas, Ordenar, conocer/Explicar, comprender” en *Jirones de piel, ágape insumiso. Epistemología, estética y normatividad*. Bs. As., Prometeo, 2011.

(12) Ver GADAMER, H. G., *op. cit.*

En primer lugar, debemos introducirnos en el mundo de la interpretación y la hermenéutica. Así, es preciso tener claro que, si bien el caso se ha plasmado en un texto, los conceptos interpretación, comprensión y hermenéutica no aparecen solo en manifestaciones vitales fijadas por escrito, sino que afectan a todas las relaciones humanas entre sí y con el mundo. Esto es, la hermenéutica sirve para interpretar cualquier cosa que haga un ser humano, ya que el comprender es parte del ser humano, le es inherente, le viene dado; para Heidegger es “una determinación categorial del ‘ser ahí’ humano”.<sup>(13)</sup>

Ahora bien, la capacidad de comprensión, como facultad fundamental de la persona, se caracteriza por actuar especialmente por la vía del lenguaje y el diálogo. El lenguaje escrito nunca puede expresar todo lo que se conoce, “lo que viene al lenguaje permanece como aquello que debe ser comprendido, pero sin duda es siempre captado, verificado como algo. Esa es la dimensión hermenéutica en la que el ser ‘se muestra’”<sup>(14)</sup>. Así, Gadamer habla de la hermenéutica de la facticidad, que significa una transformación del sentido de la hermenéutica: lo que se interpreta es la realidad, que solamente existe en el que conoce y la expresa a través del lenguaje, porque el hombre piensa con palabras. De este modo, el lenguaje es el medio para acceder al mundo y el texto, el producto de una interpretación anterior.

También Gadamer trae a colación el concepto de “círculo hermenéutico” creado por Heidegger: “... que significa que en el ámbito de la comprensión, no se pretende deducir una cosa de otra, de modo que el defecto lógico de la circularidad en la prueba no es aquí ningún defecto del procedimiento, sino que representa la descripción adecuada de la estructura de comprender”.<sup>(15)</sup>

El hecho relatado en el acápite anterior es producto de la interpretación del texto de la resolución de la Cámara, que a su vez, es producto de una interpretación anterior y, al propio tiempo, de la interpretación y conocimiento de la realidad que se quiere mostrar y de las normas legales (círculo hermenéutico).

.....

(13) *Ibid.*, p. 18.

(14) *Ibid.*, p. 20.

(15) *Ibid.*, p. 18.



En un proceso penal, los medios para alcanzar la realidad de los hechos que luego se plasman en un texto (fallo, decisión, sentencia) son las pruebas (como lo expresamos en el capítulo anterior), que a su vez, son versiones en lenguaje (escrito u oral) que muestran su realidad, su versión de los hechos, esto es, todo el tiempo las personas están interpretando, comprendiendo la realidad. Es por ello que el juez debe, primero, interpretar y comprender la realidad, los hechos, las conductas y las circunstancias humanas para luego, haciendo aplicación de la ley, la doctrina y la jurisprudencia (las que también requieren el esfuerzo de interpretación y comprensión), esto es, creando su saber, que concreta la ciencia del derecho, comunicarlo con el lenguaje, transformando su comprensión y posterior decisión en un texto: la sentencia.

La sentencia tiene que ser interpretada y comprendida por el lector (imputado, abogados, tribunal superior, etc.). Es decir, el juez debe, como primer paso, realizar una hermenéutica de la facticidad (de los hechos, de la realidad) y luego una hermenéutica de los textos legales (leyes, doctrina, jurisprudencia), para concluir en la comprensión de la significación jurídica y producir otro texto en el que mostrará la realidad dada en ese caso concreto, vista desde la ciencia jurídica. Todas estas interpretaciones constituyen un círculo hermenéutico imposible de evitar para comprender y alcanzar a una conclusión jurídica. A todo ello, se puede agregar el contexto social, cultural y político en que está inmerso el conflicto y en el que los jueces deben resolver.

En definitiva, no hay texto si no hay interpretación de la realidad y no hay realidad dada sin interpretación. Asimismo, el hecho comenzó a ser comunicable a partir de la interpretación y comprensión, si no, no existiría como información.

Comenzando con el trabajo de interpretación del caso, en primer lugar, nos abocaremos a realizar la hermenéutica de la facticidad, esto es, realizaremos la interpretación de la realidad, la comprenderemos y luego, a través de la hermenéutica de la ley, comprenderemos la significación jurídica del caso penal propuesto.

Corresponde aclarar que la hermenéutica de la facticidad, si bien todas las personas la realizamos para comprender a los demás y al mundo que nos rodea, en este caso, y partiendo de la base de que nuestro objeto de estudio es un hecho que alcanzó al derecho penal, la interpretación será con base en pautas y teorías de derecho penal.

Los puntos clave de la hermenéutica de la facticidad, en el caso bajo estudio son: las pruebas incorporadas a la causa tal cual las enumeramos en el acápite anterior. A saber:

- El bar “La Posada” donde las mujeres eran prostitutas y ofrecidas por M., pertenece a M. del C. C., sobrina del coimputado M.
- El hotel “El Paraíso” perteneció a la sociedad “D.”.
- S. era el presidente de la empresa “D.” y M., director suplente.
- S. y M. denunciaron el mismo domicilio.
- S., alias “P.”, fue señalado por varias de las víctimas como dueño de la explotación (declaraciones de C., P. y S.).
- La camioneta Hilux en la que se transportó a las mujeres desde Paraguay es de la sociedad “D.”.

Con ello, la Cámara de Casación concluye que S. y C. son partícipes primarios del hecho de trata de personas atribuido a M., de conformidad con el art. 45 CP. Es decir que, ambos realizan un aporte esencial para la explotación sexual de las 16 víctimas. Esto es, financiar la explotación materializada por M.

“... de las constancias de la causa surge que los encartados construyeron un hotel, obtenían el producido económico del mismo (el alquiler de las habitaciones), que M. del C. C. es sobrina y alquilaba el local ‘La Posada’ a J. C. M. y este último formaba parte junto con S. de la firma D...”.

“[M.] era dueño (...) del hotel en el que varias víctimas del delito de trata de personas dormían y atendían a los clientes de la actividad sexual, asistía diariamente al lugar, daba órdenes, tenía trato directo y era uno de los que recibía los importantes beneficios económicos de la explotación sexual de las mujeres. Aportó la camioneta de la sociedad para un viaje al Paraguay para traer a las presuntas víctimas...”.

Con todo ello, la Cámara de Apelaciones consideró que las conductas de S. y C. eran atípicas y, por el contrario, la Cámara de Casación concluyó que sus roles deben analizarse desde la participación criminal necesaria en el hecho de M., a la luz del art. 45 CP.

Del análisis e interpretación del caso que expusimos, no queda más que concluir que tanto la interpretación de los hechos como la interpretación de las normas legales, las teorías jurídicas y la doctrina son, en su conjunto,

la ciencia del derecho. No es posible dar significación jurídica a circunstancias reales si primero no las interpretamos desde los que son, lo que podemos ver en ellas, lo que ellas nos muestran, para luego, con la ley y la doctrina, concluir en un resultado jurídico.

No es posible la hermenéutica de la ley y la doctrina si no tenemos un hecho previo sobre el que realizamos una interpretación de sus circunstancias de tiempo, modo y lugar. La ciencia jurídica no es solo la ley y la teoría; sin la real consideración de los hechos nada de ello tiene sentido. El juez, al crear con la interpretación de los hechos y las normas el texto de la sentencia, crea una norma individual. De esto se trata la ciencia del derecho; de lo contrario, ningún sentido tendrían las leyes, sino para darle respuesta a casos concretos.

## **5. El juez y la creación del discurso decisivo (la sentencia). Su comunicación**

Como lo anticipamos en el acápite anterior, el juez, luego de realizar la interpretación de los hechos y la ley, toma una decisión y utilizando el lenguaje (en este caso escrito) confecciona el texto, creando así la sentencia (producto de la hermenéutica de la facticidad y de la ley) que modifica "algo" del mundo, por ejemplo, quien estaba en libertad, con la sentencia, deberá ir a la cárcel. Como señala Martyniuk,

"... el lenguaje representa una mediación inevitable en nuestro acceso a cualquier ámbito de estudio o actividad. El lenguaje también se concibe como condicionante de la posibilidad y validez de nuestro conocimiento de la estructura del mundo. La función casi trascendental del lenguaje no se limitaría a un papel epistémico, al presentar dimensión intersubjetiva del habla como medio de conocimiento e interacción social. El paradigma del lenguaje subordinaría la conciencia a la esfera del lenguaje, concibiendo al significado como institucionalización de la comunicación humana".<sup>(16)</sup>

La sentencia o discurso jurídico es el acto jurisdiccional por excelencia, fundamental del proceso, ya que en ella confluye toda la actividad que lo conforma: el juez teniendo en cuenta el trabajo previo de interpretación, toma una decisión y elabora un texto. A través de ella, la voluntad abs-

.....

---

(16) MARTYNIUK, CLAUDIO, *op. cit.*

tracta de la ley se hace real y operante en concreto, creando así la norma individual que regirá para el caso específico. En el caso de análisis, S. y C. serán sometidos a proceso como partícipes necesarios del delito de trata de personas para la explotación sexual, del que es autor M.

La sentencia es un acto de voluntad e inteligencia, producto de una interpretación y comprensión previa de los hechos y la ley, por lo que no puede encerrarse en el silogismo clásico que ponía a la ley como premisa mayor y a los hechos como premisa menor para llegar a la conclusión decisoria. Los hechos tienen por sí mismos, en la apreciación técnica del juez, significación jurídica y la sentencia es el producto de una labor de síntesis en que razonamiento y voluntad se combinan.

El juez, al crear el texto de la sentencia, comunica su decisión y esa finalidad de comunicar hace que otros (imputado, fiscal, defensor, víctima, juez del tribunal superior, sociedad) tengan que interpretar el texto para comprender la decisión del juez.

Martyniuk referencia que

“Michel Foucault supone que en toda sociedad la producción del discurso se encuentra controlada, seleccionada y redistribuida mediante procedimientos que tienen por función conjurar los poderes y peligros. Esta tesis, extensamente difundida, da cuenta de procedimientos de exclusión, separaciones y oposiciones. Presión y poder de coacción, más parte del discurso que pone en juego el poder y el deseo. La disciplina es un principio de control de la producción del discurso”.<sup>(17)</sup>

La sentencia judicial es un discurso de poder que pone fin a una situación de conflicto.

Para que las personas a quienes está dirigida la sentencia puedan comprenderla, se hace necesaria la motivación que constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, consistente en el conjunto de interpretaciones de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión. Asimismo, su exigencia ha sido reconocida constitucionalmente como derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio.

.....

(17) *Ibid.*

La exigencia de motivación de la sentencia hace que esta sea un producto de la interpretación de los hechos en forma conjunta con la ley, toda vez que la certeza con la que el juez arriba a ella debe derivar de los hechos examinados, de su interpretación, y no solo de elementos psicológicos internos.

Al respecto consideremos, como sostiene Martyniuk, que “sentido sería sentido mentado y subjetivo de los sujetos de la acción, como existente de hecho en un caso histórico dado, como promedio, o como tipo ideal construido. Y comprensión sería captación interpretativa de sentido o conexión de sentido. Pero comprender sería una etapa de la investigación, seguida por el establecimiento de conexiones causales formuladas solo hipotéticamente por medio de sentidos de comprensión”.<sup>(18)</sup>

Otra exigencia de la sentencia relacionada con la hermenéutica de la facticidad es que debe ser completa, es decir, abarcar la enunciación de los hechos, su adecuación al derecho (a la norma) y los valores en forma integrada y pensando en que todo ello interesa al derecho. En relación a los hechos, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa. Para ello, debe emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiénolas a valoración crítica; no puede dejar de indicar las pruebas utilizadas ni soslayar su análisis mediante alusiones globales a los elementos probatorios reunidos o por un resumen meramente descriptivo de los mismos sin explicar el valor que les atribuye, el criterio selectivo empleado y las conclusiones que extrae.

El juez debe consignar, haciendo uso de la comprensión previa que hizo del hecho, las conclusiones fácticas a las que arriba, lo que constituirá la base de aplicación de la norma jurídica. En este caso, el rol asumido por S. y C. en el hecho de M.

La motivación en los hechos está constituida por la valoración probatoria (circunstancias de hecho que fueron interpretadas), para luego alcanzar la fundamentación en derecho que tiene como punto de partida la fijación de esos hechos. La descripción fáctica es el presupuesto de la aplicación de la ley y por ende un requisito de la motivación.

.....  
(18) *Ibid.*

En esta dirección "... la comprensión pone el acento en la conversación, que asume la alteridad, la otredad: otras personas, otras culturas, oscuridades y dificultades para comprender. Contra el culto de lo fáctico en la historia, la ciencia social crítica incorpora dimensiones normativas, autorreflexivas y críticas (así lo hace, por ejemplo, la teoría de la acción comunicativa de J. Habermas)".<sup>(19)</sup>

En resumen: para motivar la sentencia en los hechos, el juez debe, primero, comprenderlos y luego demostrarlos, para fundarla en derecho, debe describirlos haciendo un relato del episodio de la vida que tiene como existente, evitando emplear los mismos conceptos jurídicos que constituyen la norma, lo que provocaría una carencia de motivación por no fijar los hechos.

La fijación jurídica de los hechos supone el conocimiento de los hechos, su interpretación y comprensión. El modo que tiene el juez de conocerlos son las pruebas.

Si bien, como lo expresamos en el acápite anterior, la hermenéutica sirve para interpretar todo lo que hace el hombre y al hombre no se lo puede separar del hecho, el juez solo juzga parcialidades y eso es lo que hace su tarea más difícil, ya que está constreñido a examinar aquellas parcialidades que los abogados, el fiscal, la policía o el denunciante han traído a juicio o dejado ver.

Cuando el juez, haciendo la interpretación de la ley, intenta adecuar los hechos en una norma, se encuentra con que las normas provienen de hechos, y ambos tienen exigencias de valor que no puede dejar de lado, por lo que integra los tres elementos para alcanzar la decisión.

Como lo expresara Francesco Carnelutti,<sup>(20)</sup> después de haber remontado el curso del tiempo hurgando en el pasado, el juez tiene que dirigirse al futuro; después de haber establecido lo que ha sido, tiene que establecer lo que será.

Cuando se dice que el juez es un historiador, se da de él una definición exacta, pero incompleta, ya que luego del juicio histórico, debe pronunciar el juicio de valor; después de haber verificado la existencia de un he-

.....

(19) *Ibid.*

(20) CARNELUTTI, FRANCESCO, *Cómo se hace un proceso*, Valparaíso, Chile, Edeval, 1979.

cho, tiene que ponderar su valor. Ahora bien, la diferencia fundamental entre el juicio de existencia y el juicio de valor es precisamente que el primero concierne al pasado y el segundo se refiere al futuro.

Es así que, si las pruebas sirven para buscar en el pasado, las razones ayudan al juez a penetrar el futuro. El juez debe buscar, mediante el círculo hermenéutico, la semejanza entre el hecho que ha conseguido establecer interpretando las circunstancias de hecho y la hipótesis, es decir, el caso previsto en la ley.

La ley es abstracta y el hecho es concreto, el cometido del juez consiste en transformar la ley dictada, en general, para categorías enteras de casos, en una ley especial para un caso en particular. En ello está la mediación a que me referí antes.

Estas reflexiones nos permiten comprender cómo las normas jurídicas, al convertirse en razones en el plano del proceso, sufren una transformación en virtud de la cual no es razón tanto la norma en sí como el encuentro entre la norma y el hecho. Cuando la Cámara de Casación expresa que deben analizarse el aporte de los imputados S. y C. a la luz de las reglas de la participación criminal, quiere decir que para decir, en este caso, los jueces deben tener en consideración todo el contexto político criminal, social y jurídico internacional que rige la criminalización de hechos como el que se juzga en el caso bajo análisis.

Justamente en esa conversión de la ley general en ley especial culminan la necesidad y la dificultad del cometido del juez. La ley, descripta en general, está hecha para gobernar casos concretos; por consiguiente, no obraría si no se convirtiese en ley especial en cada caso.



# Radicalidad y banalidad del mal

JUAN MANUEL GASET MAISONAVE<sup>(1)</sup>  
y VALERIA SAMPEDRO<sup>(2)</sup>



*“El mundo empeñado en hacerme entender que no tengo razón, y no se dieron cuenta del error más importante: que el mal no puede ser banal y radical al mismo tiempo, que el mal es una realidad extrema, pero nunca radical; consciente y radical, sólo puede ser el bien”.<sup>(3)</sup>*

## 1. Introducción

La filosofía, la teología y la literatura nos han proporcionado diferentes conceptualizaciones y encarnaciones del mal. Tradicionalmente se ha considerado que el mal está fundado en el orgullo (Lucifer), la envidia (Caín), el odio (Yago), el resentimiento (Ricardo III), el instinto de destrucción (Sade) o la venganza (Drácula).

Sin embargo, en 1945, cuando Hannah Arendt observó conmovida los crímenes perpetrados por los nazis en los campos de concentración y de exterminio, se dio cuenta de que dichos crímenes ya no pueden ser

.....

(1) Abogado, especialista en Derecho Penal, Secretario de Fiscalía de primera instancia y alumno de la Especialización en Magistratura.

(2) Abogada, especialista en Derecho Penal, Secretaria de Fiscalía General y alumna de la Especialización en Magistratura. El presente trabajo fue realizado en el marco de la materia “El derecho y la justicia, una mirada desde las ciencias sociales y la epistemología”.

(3) De la película *Hannah Arendt y la banalidad del mal* (2012), de Margarethe Von Trotta.



explicados por esas categorías tradicionales. Arendt escribió lo siguiente:

“... los regímenes totalitarios han descubierto sin saberlo que hay crímenes que los hombres no puede castigar ni perdonar. Cuando lo imposible es hecho posible se torna en un mal absolutamente incastigable e imperdonable que ya no puede ser comprendido ni explicado por los motivos malignos del interés propio, la sordidez, el resentimiento, el ansia de poder y la cobardía. Por eso la ira no puede vengar; el amor no puede soportar; la amistad no puede perdonar”.<sup>(4)</sup>

Muchos años después, Arendt no volverá a hablar del “mal absoluto”, del “mal radical”, y en su lugar, introducirá el concepto de la “banalidad del mal”. Con su idea de “banalidad del mal”, Arendt reemplazó la anterior del “mal radical”, la cual a su vez, también difería de la concepción kantiana.

En 1961, como corresponsal del *New Yorker*, Hannah Arendt viajó a Jerusalén para asistir al juicio de Adolf Eichmann, ex Teniente Coronel de las SS (organización militar, policial, política, penitenciaria y de seguridad de la Alemania nazi). En 1963 publicó el libro *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*.

La noche del 11 de mayo de 1960, Otto Adolf Eichmann fue detenido en un suburbio de Buenos Aires y trasladado, nueve días después a Jerusalén. El 11 de abril del año siguiente, compareció ante el Tribunal del distrito de Jerusalén, acusado de quince delitos, habiendo cometido, junto con otras personas, crímenes contra el pueblo judío, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra durante el período del régimen nazi y, en especial, durante la Segunda Guerra Mundial.

*Eichmann en Jerusalem...*, es un texto que transita en general por carriles filosóficos y aborda también cuestiones ético-jurídicas universales. Los primeros capítulos discurren acerca de la reconstrucción fáctica realizada durante el juicio, de la enorme maquinaria burocrática que funcionó entre 1933 y 1945 al servicio del nazismo, en la cual se incardinó como un eslabón más el propio Eichmann, y que se fue extendiendo a todo el continente europeo de la mano de las victorias del Tercer Reich. Y es a partir de los hechos están planteados, que comienzan los interrogantes que Arendt se propone despejar.

.....

---

(4) ARENDT, HANNAH, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, p. 615.

Durante el juicio de Eichmann, Arendt quedó existencialmente conmovida al observar que el acusado no era un degenerado sexual, ni un sádico, ni un psicópata, ni un fanático ideológico, sino que era un hombre normal, común y corriente, buen padre de familia y un ciudadano fiel cumplidor de las leyes. Entonces, la cuestión que se plantea es la siguiente: ¿Por qué personas buenas pueden llegar a cometer actos atroces?

Y éste es el interrogante que Arendt ha tratado de responder hasta el fin de su vida, mostrando un extrema preocupación en que la idea del “mal banal”, podía causar daños extremos a la humanidad y que, debido a su falta de reflexión, catástrofes como el holocausto podrían volver a repetirse.

Entonces, a partir de este trabajo, pretendemos desarrollar los conceptos que Arendt le ha otorgado al “mal”. Iniciaremos nuestra exposición analizando su primer postura del “mal”, al cual lo consideró “radical” en su obra *Los orígenes del totalitarismo*.

Luego, haremos un desarrollo del concepto “banalidad del mal”, idea a la que viró luego de asistir a Jerusalén a cubrir el juicio de Adolf Eichmann.

Finalmente, expondremos nuestras observaciones y reflexiones de los temas analizados.

## 2. Radicalidad del mal

A partir del análisis sobre los crímenes cometidos en los campos de concentración, los métodos empleados y la dominación total del nazismo, Hannah Arendt conceptualiza sobre el “mal radical” desde una lógica del totalitarismo. Lo que las ideologías totalitarias tratan de lograr, no es la transformación del mundo exterior o la transmutación revolucionaria de la sociedad, sino de la misma naturaleza humana.<sup>(5)</sup>

En realidad, Arendt no explica en que consiste la radicalidad de ese mal, sino que lo utiliza para referirse a los campos de concentración, a un mal absolutamente incastigable e imperdonable, a la destrucción de la idea misma de humanidad.

Desde esta creencia absoluta en donde todo es posible, es la destrucción de la humanidad la que permite expandir las ideologías, creando una sociedad nihilista, no cuestionadora. Las víctimas de “fábricas de muerte o

.....

(5) ARENDT, *ibid.*, p. 615.

de los pozos del olvido” son cosificados en manos de una nueva especie de criminal, capaz de cometer asesinatos masivos encarnados en un odio hitleriano al pueblo judío.

Para lograr una dominación total, un sistema autoritario necesita “matar en el hombre a la persona jurídica”, excluyendo la protección de la ley, reconociendo la ilegalidad de los sistemas, la corrupción en los mandos, y considerando los campos de concentración por fuera de un sistema penal ordinario. Estas consideraciones tuvieron un carácter de indefensión, falta de principios y necesidades básicas tan alto que concluyó en una aniquilación de la moral y una destrucción sistemática de la individualidad. Los humanos dejaron de ser humanos siendo sus vidas abandonadas en quienes los ejecutan, torturan y exterminan, consiguiendo el triunfo de un sistema.

Convertidas las víctimas en potencialmente eliminables, fueron los campos de concentración una expresión del “mal radical”. Los sucesos inspiraron a una nueva filosofía que llevó a Arendt a “nuevos caminos para una respuesta al enigma de la explicación de acciones que se tornaron en el ‘mal radical de nuestro tiempo’.

Inspirada en los pensamientos de Kant, el único filósofo que “debió haber sospechado al menos la existencia de este mal”, aunque inmediatamente lo racionalizó a través del concepto de “mala voluntad pervertida”, Arendt se atrevió a diferir con él.<sup>(6)</sup>

En todo caso, al referirse a Kant, Arendt insinúa una discrepancia importante: mientras que el mal radical designa en Kant una perversión que podemos entender por referencia a motivos, el mal radical al que Arendt se refiere no es racionalizable.

Arendt sostuvo en su nueva comprensión del “mal” un distanciamiento del enfoque kantiano, ya que Kant concibió al mismo como una inversión del orden ideal de los motivos de la voluntad. Arendt le reprochó a Kant haber racionalizado ese “mal radical”, al concebirlo como una “mala voluntad pervertida”, que podía ser explicada por motivos comprensibles.

Para Kant, en su obra *La religión dentro de los límites de la mera razón*, la concepción de “mal radical” se refiere a la tendencia de la voluntad a no responder los imperativos morales que impone la razón y la libertad, “una mala voluntad pervertida”.

---

.....  
(6) *Ibid.*, p. 616.

La propensión al mal que Kant llama "mal radical", no es una disposición a querer contrariar la ley moral, sino a desentenderse de la pureza de intención y a subordinar el seguimiento de la ley a motivos no morales.

Sin embargo, para Arendt, el programa del totalitarismo constituía una forma de ese "mal radical", en tanto no era explicable por referencia a las motivaciones usuales por las que se nos hace inteligible el daño causado a otros. Esas motivaciones se resumen en alguna forma de egoísmo o interés propio, en virtud del cual el daño se le aparece al agente como un medio para lograr algún tipo de bien. Lo que Arendt destaca es que el agente del mal ejemplificado por las SS no obraba por ningún motivo de esa naturaleza. Él se veía a sí mismo como instrumento de un programa de eliminación de lo humano del que formaban parte el asesinato y la tortura como simples técnicas de gestión o como efectos colaterales exigidos por el funcionamiento del sistema.

Para Arendt sólo existe el "mal radical" si se considera al hombre como un ser racional, capaz de discernir entre el bien y el mal, con la facultad del libre albedrío, guiando su voluntad a la corrupción, siendo capaz de cometer malas acciones, convirtiéndose en un sujeto imputable, responsable de sus actos.

"Los hombres resultan superfluos para los regímenes totalitarios. El totalitarismo busca, no la dominación despótica sobre los hombres, sino un sistema en que los hombres sean superfluos. El poder total, sólo puede ser logrado y salvaguardado en un mundo de reflejos condicionados, de marionetas sin el más ligero rasgo de espontaneidad. Precisamente porque los recursos del hombre son tan grandes, que sólo puede ser completamente dominado cuando se convierte en un espécimen de la especie animal del hombre".<sup>(7)</sup>

La dominación logra este objetivo tanto a través del adoctrinamiento ideológico de las formaciones de las tropas como a través del terror absoluto en los campos. Es el totalitarismo el encargado de destruir cada rastro de la dignidad humana, y es el totalitarismo lo que ha llevado a Arendt al pensamiento del "mal radical".

.....

(7) *Ibid.*, p. 677.

Pero con esto, y como apertura a una reflexión final, debemos repensar las palabras de Arendt:

“no sabemos hasta qué grado corresponde el secreto de esta sociedad secreta a los deseos secretos y a las complicidades secretas de las masas de nuestro tiempo”.<sup>(8)</sup>

### 3. Banalidad del mal

El concepto de “banalidad del mal” fue acuñado por la filósofa alemana Hannah Arendt en una serie de artículos para *The New Yorker* que, luego, en 1963, se publicarían como libro bajo el título *Eichmann en Jerusalén*.

Con este concepto, Arendt tiene la intención de destruir la leyenda sobre “la grandeza del mal” con el fin de colocarlo en donde, a su juicio, debe estar: en el abandono al ridículo. Ella afirma que “el mal no es nunca ‘radical’, que sólo es extremo, y que carece de profundidad y de cualquier dimensión demoníaca”.<sup>(9)</sup>

La concepción del mal con monstruos y demonios se desmoronaba en el momento en que Hannah Arendt conoció a Adolf Eichmann en su juicio en Jerusalén. El mal perdía profundidad, perdía su radicalidad kantiana; se hacía simplemente banal.

En el “*post scriptum*” de *Eichmann en Jerusalén*, Arendt aclaró que:

“... cuando hablo de la banalidad del mal lo hago solamente a un nivel estrictamente objetivo, y me limito a señalar un fenómeno que, en el curso del juicio, resulto evidente (...) Eichmann no era un Yago ni era un Macbeth, y nada pudo estar más lejos de sus intenciones que resultar un villano, al decir de Ricardo III. Eichmann carecía de motivos, salvo aquellos demostrados por su extraordinaria diligencia en orden a su personal progreso. Y, en sí misma, tal diligencia no era criminal (...) sencillamente, no supo jamás lo que hacía...”.<sup>(10)</sup>

.....

(8) *Ibid.*, p. 589.

(9) ARENDT, HANNAH, “Carta a Gerhard Scholem”, [en línea] <http://www.alcoberro.info/pdf/arendt5.pdf>

(10) ARENDT, HANNAH, *Eichmann en Jerusalén*. Barcelona, Lumen, 2000, pp 433/434, destacado en el original.

Y agregó:

“No, Eichmann no era estúpido. Únicamente la pura y simple irreflexión —que en modo alguno podemos equiparar a la estupidéz— fue lo que lo predispuso a convertirse en el mayor criminal de su tiempo (...) En realidad, una de las lecciones que nos dio el proceso de Jerusalén fue que tal alejamiento de la realidad y tal irreflexión pueden causar más daño que todos los malos instintos inherentes, quizá, a la naturaleza humana”.<sup>(11)</sup>

Eichmann, que había participado activamente en el holocausto, no se sentía culpable de sus crímenes, y no obstante, no había ningún rasgo de anormalidad en su persona, apenas una tendencia a la irreflexión, que también podría manifestarse en otras personas comunes.

“Seis psiquiatras habían certificado que era un hombre ‘normal’ (...) su actitud hacia su esposa, hijos, padre y madre, hermanos, hermanas y amigos, era no sólo normal, sino ejemplar (...) El religioso que lo visitó regularmente en la prisión, (...) declaró ‘que era un hombre con ideas muy positivas’. Tras la palabra de los expertos en mente y alma, estaba el hecho indiscutible de que Eichmann no constituía un caso de enajenación en el sentido jurídico, ni tampoco de insanía moral”.<sup>(12)</sup>

El acusado declaraba haber leído a Kant, y que su acción estaba dirigida por el “imperativo categórico”, en el sentido de que era asumida por escrupuloso deber. Si bien, conocía la frase de memoria (“el principio de mis actos debe poder ser utilizado como principio de leyes generales”), la aplicaba al contrario (“actúa como si el principio de tus acciones fuese igual al del legislador o la ley”): el llamado “imperativo categórico del Tercer Reich”.

En Eichmann, Arendt descubrió un agente del mal capaz de cometer actos objetivamente monstruosos sin motivaciones maléficas específicas. Consideró que los peores crímenes no requieren grandes motivos, pero lo que le resultó más aterrador, fue advertir que las raíces subjetivas de los crímenes no estaban en firmes convicciones ideológicas ni en motivaciones específicamente malvadas.

.....

(11) ARENDT, *op. cit.*, pp. 434/435.

(12) *Ibid.*, p 46.

Y aquí haremos un paréntesis para recordar que Eichmann se unió a la S.S. simplemente porque se le abrió la oportunidad; nunca había leído *Mein Kampf*, escrito por Adolf Hitler, ni conocía los ideales del partido nazi. En el juicio, Eichmann relató: "fue como si el partido me hubiera absorbido en su seno, sin que yo lo pretendiera, sin que tomara la oportuna decisión. Ocurrió súbita y rápidamente (...) Al preguntársele ¿Por qué no ingresas en las S.S.?, Eichmann contestó: ¿Por qué no?".<sup>(13)</sup>

De la lectura de *Eichmann en Jerusalén* queda claro que el imputado no tenía ideales ni intenciones macabras. Simplemente quería seguir una carrera profesional que le permitiese llegar a ser alguien, sin importarle qué carrera o que debía hacer para conseguir lo que deseaba. Se consideraba a sí mismo un simple peón, una oveja. No podía vivir sin un líder, no podía vivir sin seguir órdenes, porque no tenía la capacidad de afrontar una vida individual, sin un grupo que lo guiara y le dijera lo que debía hacer.

La banalidad del mal apunta a esta ausencia de malignidad: lo que tiene de banal el mal cometido por Eichmann no está en lo que hizo, sino en por qué lo hizo. Detrás de la acción del funcionario no hay un elaborado razonamiento, ni odio, ni intensión de crueldad, no hay nada, eso es lo más horrible. Esta peculiar forma del mal, sólo se explica porque el hombre se ha transformado en algo superfluo.

Para Arendt, Eichmann tenía un déficit de pensamiento, una incapacidad de juicio. Para entender su punto de vista, señala que, esta incapacidad no es una mera insensibilidad moral. Eichmann no era un idiota: en su vida cotidiana actuaba de modo normal y sabía distinguir entre lo que estaba bien y lo que estaba mal.

En ese punto Eichmann se asemejaba al hombre del montón, a hombres corrientes. La única característica que se podía detectar en su comportamiento fue, precisamente su falta de reflexión y de pensamiento, su incapacidad de juzgar.

Pero, ¿en qué consistía esa incapacidad? En *Responsabilidad y Juicio*,<sup>(14)</sup> Arendt distinguió entre el conocimiento y el pensamiento. Conocer implica acumular teorías, ideas, saberes, incluso ser capaz de resolver cuestio-

.....

(13) *Ibid.*, pp. 56/57.

(14) ARENDT, HANNAH, *Responsabilidad y juicio*, Barcelona, Paidós, 2007.

nes técnicas al respecto. Sin embargo, define al pensamiento como una suerte de diálogo continuo y profundo con nosotros mismos, una reflexión crítica sobre nuestras propias acciones y a la vez, sobre la ejemplaridad de cualquier acción en nuestra más íntima soledad. Tal reflexión implica una mentalidad amplia y una capacidad de ponerse en el lugar del otro para tratar de entender su punto de vista. Ese diálogo interno fortalece nuestro conocimiento y de algún modo dificulta el olvido, o a la inversa, precisamente porque dificulta el olvido de aquello que vemos y hacemos, fortalece nuestra conciencia y nos aboca al diálogo con ella.

Es justamente esta falta de reflexión crítica lo que Arendt descubrió en Eichmann y consideró que podía ayudar a entender, no sólo el nuevo tipo de criminal que encarnaba en cuanto cooperador activo de una política de asesinato masivo, sino también la colaboración de una amplia masa de la población alemana en el mantenimiento del régimen nazi.

Lo interesante del nuevo enfoque es que dibujó un agente del mal que, lejos de reducirse a sectores minoritarios fuertemente ideologizados, se extiende a una amplia masa social desideologizada y anónima que contribuyó activa o pasivamente a la implementación y sostenimiento del mencionado régimen.

Durante la época nazi, un sistema moral vigente fue rápidamente reemplazado por uno nuevo que invertía muchos de los valores antiguos, imponiendo frente al "no matarás" el "debes matar".

¿Y cómo fue posible? A lo ojos de Arendt, el nuevo sistema pudo imponerse como lo hizo en la medida en que una amplia masa de gente se había orientado hasta entonces en su comportamiento moral por el seguimiento ciego de las costumbres y pautas establecidas. Carentes de un pensamiento independiente en asuntos morales y políticos, esas personas pudieron adoptar el nuevo sistema sin mayores conflictos, pues con ello no hacían más que seguir refugándose en las normas aceptadas.

Perder la capacidad de pensamiento y juicio no le parece a Arendt un mal que produzca siempre consecuencias nefastas, pero perder esta capacidad sólo se revela como un mal extremo atendiendo a sus consecuencias, en circunstancias muy concretas. Es decir, mientras no ocurran catástrofes éticas y políticas como el advenimiento del nazismo, tal incapacidad puede resultar inocua, pero en situaciones trágicamente excepcionales, aumentan y posibilitan el fuego de la catástrofe.



Quien tiene valores inculcados pero no pensados puede sustituirlos en momento de crisis, y esto es lo que sucedió, según Arendt, con la ciudadanía Alemana y el holocausto.

En conclusión, su noción de la “banalidad del mal”, debe entenderse, más que como una pieza de una teoría general del mal, como un instrumento conceptual para dar cuenta del daño que puede seguirse de la abdicación de la facultad de juzgar.

#### 4. Reflexiones finales

Los pensamientos de Hannah Arendt a partir del juicio realizado a Adolf Eichmann, la influencia de Kant y sus posteriores divergencias ideológicas, los fundamentos de la banalidad del mal y su carácter “superfluo”, además de su fuerte postura en sus publicaciones en el *New Yorker*, nos hacen reflexionar sobre los sistemas totalitarios no sólo en la Alemania de Hitler, sino en la diseminación de estos sistemas a lo largo del continente, y en especial a los que imperaron en Latinoamérica en las décadas del '70 y '80.

Pensar en el comportamiento de los ejércitos nazis, y en especial en la figura de Adolf Eichman, nos lleva a contextualizarlo en una Alemania que proponía una sociedad nueva a partir de un nuevo concepto de liderazgo, que sostenía un marcado “antisemitismo” y la inclusión de una clase obrera, una clase media desilusionada y una poderosa destinada a mantener sus economías.

La personalidad autoritaria de Hitler, sus enseñanzas y el sistema nazi, lograron influir profundamente en aquellas personas que sostenían la misma estructura de carácter.

La relación de poder ejercida hacia las masas alemanas, a las cuáles “desprecia y ama, según la manera típicamente sádica, así con respecto a sus enemigos políticos, hacia los cuales evidencia aquellos aspectos destructivos típicos del sadismo, habla de la satisfacción que sienten las masas de ser dominadas”.<sup>(15)</sup>

Una de las características de la política hitleriana eran sus estrategias para ejercer el dominio de estas masas. Sabía cómo quebrar la voluntad de su público, en qué hora del día hacerlo, como debilitar sus resistencias, logrando que el pueblo alemán lo identificara con la patria misma, con un dios y lo apoyara.

.....

---

(15) FROMM, ERICH, *El miedo a la libertad*, Bs. As., Paidós, 2004, p. 215.

¿Podrían los movimientos socialistas oponerse?

“Reyes, sacerdotes, señores feudales, patrones de industrias y padres han insistido durante siglos que la obediencia es una virtud y la desobediencia es un vicio”.<sup>(16)</sup>

La historia humana, para el cristianismo por ejemplo, comienza con un acto de desobediencia: Adán y Eva en el jardín del Edén y su “pecado original” fue la primera acción que tuvo el hombre para sentirse humano y confiar en sus propias fuerzas. Si el camino de la desobediencia provocó el comienzo del cambio de la historia transformándola en un proceso dialéctico, ¿será la obediencia la causa de muchos males sociales, políticos y económicos? Fue esa misma obediencia al régimen nazi, la que convirtió al pensamiento de los alemanes en irreflexivo y superfluo. ¿Por qué el hombre tiende a obedecer? ¿Será un sentimiento de miedo y desolación ante un Estado omnipotente?

Es que en los sistemas totalitarios el cumplir, el obedecer sin cuestionar, el sometimiento, eran parte de lo que debía ser un hombre que cumplía con su patria. Pensamos: ¿un alemán hubiera sido capaz de revelarse, no pertenecer, mantener sus propias ideologías y huir? ¿Hacia dónde? Un soldado nazi era parte de un sistema en donde el acatamiento no sólo era parte del régimen de obediencia, sino de la lealtad a su patria que lo representaba y de la cual era parte.

Inferimos, como Hannah Arendt, que no hay ni espontaneidad ni reflexión: solo cumplimiento del deber. Por ello contextualizamos la acción y la encuadramos en un sistema político y social a merced de un líder con tendencias “impulsivas sádicas”, con un poder ilimitado, favorecido por un pueblo satisfecho de ser dominado ante la incapacidad de sostenerse solo.

Conscientes de que el hombre es capaz de pensar, criticar, reflexionar y de defender sus propios derechos y privilegios sin caer en una dominación opresiva, buscando su libertad, cuestionamos este comportamiento ensañado en un poder irrespetuoso hacia la humanidad toda.

Estas acciones no son, a las claras, acciones perpetuadas por algunos locos, delirantes o criminales. Son producto de una historia que, complaciente y cómplice, encuentra en estos “personajes” un camino de expre-

.....

(16) FROMM, ERICH, *Sobre la desobediencia*, Barcelona, Paidós, 1984.

sión a sus formas de pensar, y que individualmente no serían capaces de expresar: cuánta hipocresía ideológica se esconde en el poder.

Hannah Arendt tuvo la valentía de enfrentar al pueblo judío demostrando las desprolijidades cometidas en el juicio, la marcada tendencia de los jueces, el depósito en la figura de Eichmann de todas las aversiones cometidas, siendo capaz de discernir y de profundizar. Era difícil que un pueblo aniquilado, dolido, con heridas no curadas pudiera comprenderla, y su círculo más íntimo la abandonó. No estaba en contra de su mismo pueblo, caminaba más adelante, reflexionaba sobre cómo un hombre producto de una dominación totalitaria puede convertirse en parte de una maquinaria de destrucción sin ni siquiera sentirse culpable de ello. Eichmann sostuvo su inocencia hasta el último momento desde su caja de vidrio blindado, donde fue enjuiciado. Arendt anunciaba que si no usamos la razón, el pensamiento y la espontaneidad es probable que estos males se diseminen por el mundo y se vuelvan a cometer peores, iguales, o semejantes atrocidades.

A su turno, Fromm, en *El miedo a la libertad*, afirma que "a pesar de los muchos descalabros sufridos, la libertad ha ganado batallas. Muchos perecieron en ellas con la convicción de que era preferible morir en la lucha contra la opresión a vivir sin libertad".<sup>(17)</sup>

¿Podría el pueblo alemán haberse opuesto a estas muertes y horrores sufridos basados en el concepto de libertad?

¿Es el hombre potencialmente libre o prefiere la dominación antes que el disenso?

¿Pudo Eichmann oponerse a ser alistado en el ejército alemán? ¿O estaba orgulloso de ello sin cuestionar en la posibilidad de un trabajo "mejor"? Apostando a los conceptos de banalidad, ¿deberíamos aceptar futuros comportamientos de este tipo?

Somos tan necios de no ver las atrocidades que suceden en el mundo como las guerras inventadas, el hambre del África, las guerras químicas y la corrupción. ¿Seguirá la humanidad siendo "superflua" a los ojos de Arendt?

Su pensamiento nos hace reflexionar sobre los peligros que nos presenta el mundo actual, al totalitarismo que subyace, a la indiferencia ante los

.....

---

(17) FROMM, ERICH, *El miedo...*, op. cit.

acontecimientos históricos y sociales. Nos invita a una amplitud de criterios frente a las desigualdades de opinión, al cuestionamiento constante sobre nuestras acciones, a participar activos, a opinar, a crecer como ciudadanos que somos, como humanidad.

Nuestro país ha sido protagonista de una historia nefasta, con un abuso de autoritarismo, con crímenes y eliminación sistemática de ideologías, una sociedad que busca una explicación a las desapariciones, una justicia para los responsables y por sobre todo una nación que no puede olvidar.

En nuestra historia, ¿habremos sido superfluos?, ¿podemos decir que a los responsables de nuestra dictadura les cabe la banalidad del mal?

Un pueblo que piensa es difícil de dominar. El juicio de Eichmann es un buen ejemplo para que la humanidad reflexione sobre los horrores cometidos que no deben volver a repetirse. El hombre debe ser libre y construir una identidad lo suficientemente sólida para defender sus derechos. Está en nuestras manos que, dentro de las posibilidades, todos y todas contribuyamos a multiplicar esta idea fomentando la participación, la responsabilidad, la crítica, las nuevas ideas y la construcción de una sociedad más equitativa y con justicia social.





## BIBLIOGRAFÍA



- AAVV, *Reforma Constitucional de 1860. Textos y documentos fundamentales*, La Plata, Instituto de Historia Argentina “Ricardo Levene”, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 1961.
- ALBERDI, JUAN BAUTISTA, “De la integridad nacional de la República Argentina, bajo todos sus gobiernos”, en *Organización de la Confederación Argentina*. t. II, Estudio Preliminar de Adolfo Posada, Madrid/Buenos Aires, El Ateneo, 1913.
- ALBERDI, JUAN BAUTISTA, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, en *Organización de la Confederación Argentina*, t. I, Estudio Preliminar de Adolfo Posada, Madrid, El Ateneo, Bs. As., 1913.
- ARENDT, HANNAH, “Carta de Hannah Arendt a Gerhard Scholem”, [en línea] <http://www.alcoberro.info/pdf/arendt5.pdf>
- ARENDT, HANNAH, *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona, Lumen, 2000.
- ARENDT, HANNAH, *Eichmann y el Holocausto*, Bs. As., Taurus, 2013.
- ARENDT, HANNAH, *Los Orígenes del Totalitarismo*, Madrid, Alianza, 2006.
- ARRIARÁN, SAMUEL, “La hermenéutica de Clifford Geertz”, [en línea] <http://tesiuami.uam.mx/revistasuam/iztapalapa/include/getdoc.php?id=743&article=757&mode=p>”
- BATAILLE, GEORGES, *El Estado y el problema del fascismo*, Valencia, Pre-Textos, 1993.
- BAUDRILLARD, JEAN, *Cultura y Simulacro*, Barcelona, Kairós, 1978.
- BEARDSWORTH, RICHARD, *Derrida y lo político*, Bs. As., Prometeo libros, 2008.
- BERNSTEIN, RICHARD, “¿Cambió Hannah Arendt de opinión? Del mal radical a la banalidad del mal”, en Birules, Fiina, *Hannah Arendt. El orgullo de pensar*, Barcelona, Gedisa, 2006.
- BRANDO, NICOLÁS, *La payasada del Holocausto*, [en línea] <http://laliteraria.wordpress.com/tag/banalidad-del-mal/>, consultada el 22 de noviembre de 2013.
- BUTLER, JUDITH, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Barcelona/Bs. As./México, Paidós, 2010.
- CALVO, JOSÉ, *Derecho y Narración*, Barcelona, Ariel Derecho, 1996.
- CALVO, JOSÉ, *La Justicia como Relato*, Málaga, Agora, 2002.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Cómo se hace un proceso*, Valparaíso, Chile, Edeval, 1979.
- CARPISO, JORGE, “Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 114, UNAM, 2005.
- CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2004.
- CLASTRES, PIERRE, *La sociedad contra el Estado*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1978.

- CHIARAMONTE, JOSÉ CARLOS, *Usos políticos de la historia. Lenguaje de clases y revisionismo histórico*, Bs. As., Sudamericana, 2013.
- DEL VALLE, ARISTÓBULO, *Nociones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Dr. A. del Valle por Máximo Castro y Alcides V. Calandrelli*, Bs. As., Editorial Científica y Literaria Argentina, 1927.
- DERRIDA, JACQUES, “‘Hay que comer’ o el cálculo del sujeto”, entrevista realizada por Jean-Luc Nancy, en *Revista Pensamiento de los Confines* n° 17, Bs. As., 2005.
- DERRIDA, JACQUES, *Espectros de Marx*, 5ª ed., en *Colección Estructuras y Procesos*, Serie Filosofía, Madrid, Trotta, 2012.
- DERRIDA, JACQUES, *Políticas de la amistad*, Patricio Peñalver (trad.). Edición digital de Derrida en Castellano, [en línea] <http://www.teoriasdelaamistad.com.ar/pagina5/Unidad8/Derrida/Derridaeljustonombrede-laamistad3.pdf>
- ESTRADA, JOSÉ MANUEL, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, Bs. As., Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1901.
- ESTRADA, JOSÉ MANUEL, *Discursos selectos*, Bs. As., Editorial Jackson, 1953.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Teoría Política XVI*, Madrid, Trotta, 2000.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.
- FILIPPI, ALBERTO (dir.), *Norberto Bobbio y Argentina: los desafíos institucionales de la democracia integral*. Epílogo: Luigi Ferrajoli, Bs. As., La Ley/Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 2006.
- FILIPPI, ALBERTO, “Bicentenarios: Integración plurinacional y crítica del etnocentrismo nacionalista”, en *Cuadernos Americanos*, n° 132, 2010.
- FILIPPI, ALBERTO, “Historia e historiografía del léxico jurídico-político y filosófico en la América Hispana”, en Doria y Cascione (comps.) *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e cultura dei giuristi*, Napoli, Satura Editrice, 2012.
- FILIPPI, ALBERTO, “Introducción”, en *Principios generales del derecho latinoamericano*, Bs. As., Eudeba, 2009.
- FILIPPI, ALBERTO, “La lucha por los derechos y su defensa en América hispana: una larguísima construcción histórica que comienza en Santo Domingo (1511)”, en *Actas del II Congreso Nacional de Defensa Pública*, Santo Domingo, 15-16 de julio, Ediciones del Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 2008.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- FOUCAULT, MICHEL, *Un diálogo sobre el poder*, Colección “Grandes Obras del Pensamiento”, Madrid, Altaya SA, 1994.
- FROMM, ERICH, *El miedo a la libertad*, Bs. As., Paidós, 2004.
- FROMM, ERICH, *Sobre la desobediencia*, Barcelona, Paidós, 1984.
- GADAMER, H. G., “Texto e Interpretación”, en Gómez Ramos, A., *Diálogo y deconstrucción. Los límites del encuentro entre Gadamer y Derrida*, Madrid, Cuaderno Gris, 1998.
- GEERTZ, CLIFORD, *Ensayo sobre interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- Goodman, Nelson, *Maneras de hacer mundos*, Madrid, Visor, 1990.

- GORALI, MARINA, “Hospitalidad y hostilidad: apuntes para pensar el poder”, en *Revista Filosofía del Derecho*, año I, n° 1, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.
- HABERMAS, JÜRGEN, “Un fragmento (1977): objetivismo en las ciencias sociales”, en *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1988.
- KENT, JAMES, *Del Gobierno y Jurisprudencia Constitucional de los Estados Unidos*, Alejandro Carrasco Albano (trad.), Bs. As., Imprenta de Buenos Aires, 1865.
- MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Bs. As., Editores del Puerto, 2004.
- MARI, ENRIQUE E., *Moi, Pierre Riviere... y El Mito de la Uniformidad Semántica de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Bs. As., Papeles de Filosofía, Biblos, 1993.
- MARI, ENRIQUE E., *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, Bs. As., Papeles de Filosofía, Biblos, 1993.
- MARRADES, JULIÁN, “La radicalidad del mal banal”, en *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 35, Universidad de Valencia, 2002, [en línea] <http://www.revistas.ucm.es/index.php/ASEM/article/download/>
- MARTYNIUK, CLAUDIO, *Jirones de piel, ágape insumiso Estética, epistemología y normatividad*, Bs. As., Prometeo, 2011.
- MAUSS, MARCEL, *Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, Bs. As., Katz, 2006.
- RAFEKAS, DANIEL, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*, [en línea] [http://www.catedrahendler.org/doctrina\\_in.php?id=136](http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=136).
- RICOEUR, PAUL, *Del texto a la acción*, Bs. As., FCE, 2000.
- RICOEUR, PAUL, *Historia y Narratividad*, Barcelona, Paidós, 1999.
- RICOEUR, PAUL, *Sí mismo como otro*, México, Siglo XXI Editores, 1996.
- ROUDINESCO, ELISABETH, *Filósofos en la tormenta*, Bs.As., FCE, 2009.
- RUIZ, ALICIA, *Idas y Vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Editores del Puerto, 1999.
- RUIZ, ALICIA, “¿Quiénes son sujetos de derecho? ¿Quién dice que es el bien común?”, en *Conversaciones Feministas. Políticas de Reconocimiento*, t. II, Bs. As. Ají de Pollo, 2009.
- TARUFFO, M., *Prueba y verdad en el proceso civil. Derecho, narración y violencia*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- TOLSTOI, LEÓN, “El Juez Sabio”, en *Las Mejores Fábulas*, Santiago de Chile, Pehuén Editores, 2001.
- VERGALITO, ESTEBAN, “¿Ricoeur vs. Derrida? Hacia una aproximación entre hermenéutica y deconstrucción”, en *El Pensadero. Revista de Filosofía*, n° 1, Bs. As., junio de 2005.
- VILLALOBOS ALPIZAR, IVÁN, “La noción de intertextualidad de Kristeva y Barthes”, en *Revista de Filosofía de la Univ. Costa Rica*, XLI (103), 2003.
- WEIGLEY, RUSSEL F., “Un examen del Ejército”, en *Military Review*, vol. VII, n° 2, 1972.

