

Cuadernos de la Escuela del Servicio de Justicia

Publicación de la Especialización
en Magistratura ESJ-UNLaM

NÚMERO 2 - AÑO 2015



Cuadernos de la Escuela del Servicio de Justicia

Publicación de la Especialización
en Magistratura ESJ-UNLaM

NÚMERO 2 - AÑO 2015



.....
ISSN: 2362-4442

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

Año I - N° 2 - edición: abril de 2015

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

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Los artículos que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

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

ÍNDICE



¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales? Por JULIO MAIER..... p. 1

1. Introducción p. 1
2. Un poco de historia p. 2
3. Nueva visión de los recursos..... p. 4
4. ¿Hacia una nueva organización judicial horizontal? p. 12

Consideraciones historiográficas, jurídicas y políticas sobre la "Carta de Jamaica", de Simón Bolívar. Por ALBERTO FILIPPI p. 15

1. Introducción p. 15
2. Reseña crítica de las fuentes bibliográficas..... p. 22
- ANEXO p. 25

Francesco Mario Pagano, jurista de la Ilustración napolitana, y el reformismo penal. Por MARÍA PAZ CANTONI y HERNÁN EZEQUIEL PAGANO p. 45

1. Introducción p. 45
2. El contexto histórico de la obra de Pagano p. 47
3. Rasgos biográficos..... p. 48
4. Notas sobre la cultura filosófica-jurídica de Pagano p. 49
5. La búsqueda de un cambio radical en la concepción del proceso penal p. 51
6. Principios del Código Penal: la propuesta reformista de Pagano..... p. 56
7. Consideraciones finales..... p. 61

Acceso a la justicia y a la pedagogía de los vulnerables. El pensamiento de Paulo Freire y su relación con el derecho como práctica para la liberación.

Por ANA MARÍA ARAÚJO FREIRE p. 65

La Constitución Nacional de 1949 y la obra de Arturo Sampay. Por MARCELA

VIVONA y JOSÉ GABRIEL YAMUNI..... p. 75

1. Breve semblanza de Sampay p. 77
2. La Constitución de 1949. Consideraciones generales..... p. 80
3. De la Constitución liberal de 1853 a la Constitución social de 1949..... p. 82
4. Propósitos de la Reforma constitucional. Sus aspectos más salientesp. 92
5. El golpe civil-militar y la derogación antidemocrática de la Constitución de 1949 p. 100
6. Consideraciones finales..... p. 108

Cuando hacer justicia no es solo hacer derecho. Por ANABELLA C.

LUCARDI..... p. 113

1. Introducción p. 113
2. El rol de la teoría crítica y los múltiples sentidos del discurso del derechop. 114
3. Los jueces de la democracia..... p. 118
4. La sentencia como relato p. 120
5. Conclusiones p. 124

Proceso judicial y construcción de la memoria colectiva. Por KARINA

VALERIA ADAM..... p. 127

1. Introducción p. 127
2. Escenificación y representaciones..... p. 128
3. Un testimonio..... p. 137
4. Anexo testimonial p. 138

Declaraciones judiciales de víctimas de tortura. Por PAULA MALLIMACI

BARRAL..... p. 141

1. Introducción p. 141
2. Tortura y muerte en la última dictadura y en las cárceles de hoy..... p. 142

3. El testimonio de la tortura.....	p. 146
4. El expediente y la Caja de Pandora	p. 148
5. Paradojas y desazón	p. 153
El juez y la difícil tarea de juzgar. Por FERNANDA MARÍA ABAD y MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA.....	p. 155
1. Introducción	p. 155
2. El juez y su narración, la sentencia	p. 158
3. Difícil, pero ¿imposible?	p. 165
4. Conclusión.....	p. 168
Bibliografía.....	p. 169



¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales?

JULIO MAIER⁽¹⁾



1. Introducción

Uno de los problemas capitales de la administración de la justicia de nuestro tiempo —en el sentido de su descrédito popular, lo que, de alguna manera, se extiende universalmente— está constituido por la excesiva e increíble prolongación del lapso que media entre el reclamo y la decisión firme, ejecutoriada, e incluso ejecutable en caso de no cumplirse el mandato de la sentencia voluntariamente.

Intentaré tratar aquí una perspectiva de ese problema, complejo al extremo y multidireccional en su solución y que, a mi juicio, constituye una arista necesaria de la solución del problema, pero cuya implementación no resulta suficiente para arribar a ella. Sin embargo, es necesario también circunscribir hoy el tema de exposición para darle dimensiones temporales correctas a este encargo y evitar que nos quedemos en debatir un problema mayor, superior en rango, que tal vez nos supera en complejidad a nosotros los juristas. A mi juicio, la demora o la rémora de la administración de justicia es un problema de juristas, pero no solo nuestro.

.....

(1) Abogado (UNC 1963). Estudios de posgrado en Filosofía Jurídica, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Munich (RFA 1963-1965). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC 1974). Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia CABA. Ha publicado alrededor de 100 artículos sobre Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Filosofía Jurídica en publicaciones argentinas, latinoamericanas y europeas.

2. Un poco de historia

Los recursos contra las decisiones judiciales que son estimadas injustas por la parte cuyo interés legítimo afectan no han sido, originariamente, al menos en materia penal, garantías judiciales de las personas involucradas en un procedimiento judicial o de sus protagonistas, tal como hoy parecen ser presentados con alusión argumental —por cierto de manera débil, casi irreflexiva y hasta hipócrita— a las convenciones internacionales sobre derechos humanos.⁽²⁾

Por el contrario, su origen es consustancial al procedimiento inquisitivo, en el cual ellos representaban, antes que una garantía de seguridad individual, un mecanismo de control burocrático para el superior jerárquico, que previamente había **delegado** su poder de juzgar en funcionarios inferiores; esto constituye, precisamente, la característica fundamental de la llamada **justicia de gabinete** por su organización judicial vertical; los recursos suponían una **devolución** del poder recibido de manos de aquel que lo portaba en origen.⁽³⁾

Tal es así que, en una inmensa mayoría de casos, la Inquisición toleró el reexamen **de oficio** obligatorio —esto es, sin que alguna de las partes del procedimiento hubiera interpuesto recurso alguno— sobre la decisión del asunto, una especie de recurso automático, que tuvo su auge en las colonias hispanoamericanas, cuyos conflictos principales siempre terminaban en los órganos supremos de la metrópoli (el Consejo de Indias o la Casa de Contratación). En el derecho hispanoamericano posterior a la conquista y colonización quedaron rastros indelebles de ese derecho español: el llamado “mecanismo de consulta” o “recurso de consulta”, esto es, la obligación de someter el caso, maguer la ausencia de recursos, a la decisión de un tribunal superior en rango, deber que pesaba sobre los tribunales inferiores cuando decidían ciertos asuntos.⁽⁴⁾ Por lo demás, en la teoría de

(2) Ver CADH, art. 8º, n° 2, h), y PIDCyP, art. 14, n° 5. Es inconveniente, confusa y de cierta manera hipócrita esta presentación, si luego se adopta el sistema bilateral de recursos, con la concesión de recursos al acusador, sobre todo a la fiscalía —que representa al Estado—, contra decisiones que no le convienen, pero sí al acusado; se puede ver esta forma de presentación y exposición en SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, *Strafprozessrecht*, 4ª ed., Munich, C. H. Beck, 2007, § 31, p. 197 y ss. Ciertamente, aquellas convenciones merecen otra interpretación: ver MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Bs. As., Editores del Puerto, 1996, § 6, p. 708 y ss.

(3) *Ibid.*, t. I, § 6, p. 705 y ss.

(4) *Ibid.*, p. 706. Ello impedía el comercio fluido y afectaba a la libertad de comercio, por el enorme retraso burocrático de la resolución de los conflictos; en fin, uno de los motivos

los recursos quedó marcado idiomáticamente, de modo indeleble, aquello que llamamos “**efecto devolutivo** de la interposición de los recursos”, que no es otra cosa que la transmisión y consecuente devolución del poder de decidir del inferior al superior en una organización judicial vertical, una vez usado por delegación aquel poder de decisión; el oficio superior que ejercía así el control sobre el ajuste de la labor cumplida por el inferior a las reglas sobre la base de las cuales se le había delegado el poder de juzgar.⁽⁵⁾

El correlato de esta concepción que dio nacimiento a los recursos —antes inexistentes, pues en el derecho germano o común antiguo, reino de la composición, la justicia de vecindad era pública y ante la asamblea de la comunidad, según rasgo genérico predominante— se percibe, incluso hoy, en la organización judicial y en el procedimiento penal. Nuestro derecho de la organización judicial y el derecho europeo-continental todavía conservan, más o menos, la organización vertical de los tribunales de justicia, lo que recuerda a la **jurisdicción delegada** de la Inquisición o a la *justice retenue* francesa, que consistía, precisamente, en afirmar que todo el poder de juzgar residía en el rey, quien lo delegaba en sus oficiales, pero lo conservaba en origen.⁽⁶⁾

Por lo demás, el procedimiento judicial, consecuentemente, era registrado, documentado en actas, única manera de lograr que *a quo* y *ad quem* —me refiero al tribunal cuya decisión es recurrida y al tribunal que se expide sobre la decisión recurrida— decidieran en paridad de condiciones —en latín *par conditio*, según la denominan los procesalistas—, esto es, sobre una misma base de conocimiento o fuente de información pues, inversamente, cuando el proceso se desarrolla por audiencias, la base de conocimiento y fuente de información de cada tribunal reside en su propia audiencia —en su propio procedimiento—, nunca idénticas la una de la otra.⁽⁷⁾

.....
desencadenantes de nuestra Revolución de Mayo (1810) y, seguramente, argumento real fundante de la independencia de los países hispanoamericanos.

(5) Precisamente esta característica, traducida convenientemente como “efecto devolutivo de los recursos”, es una de las dos que le permite a Jorge Clariá Olmedo distinguir a los recursos y separarlos de otras impugnaciones procesales. La otra es la suspensión del efecto de cancelación de la cosa juzgada. Ver CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Tratado de Derecho Procesal*, Bs. As., Ediar, 1968, p. 443. Ver también ROXIN, CLAUS, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2000, § 51, p. 446.

(6) De allí el “*puvoir en casation*”, origen del recurso del mismo nombre, y el poder de gracia que ejercía el rey o su tribunal superior.

(7) MAIER, JULIO B. J., *op. cit.*, p. 706.

De tal manera, ese sistema y esa concepción del procedimiento y de la organización judicial, aun con variadas modificaciones, llegaron hasta nuestros días, razón por la cual, al menos en el derecho continental, los recursos no implican, necesariamente, y sobre todo en materia penal, el desarrollo de una garantía de seguridad individual. Es por ello, también, que a los ordenamientos jurídico-procesales y a los juristas de ese ámbito les cuesta adaptarse a instituciones como el derecho al recurso del condenado, prohijadas por convenciones de derechos humanos y establecidas para recordarnos las seguridades individuales de quienes son perseguidos penalmente; esas adaptaciones —en ciertas ocasiones hasta necesarias en sí mismas— dan nacimiento a reformas y nuevas **reglamentaciones** algo ridículas, rayanas en la hipocresía.⁽⁸⁾ Sobre el final de este punto intentaremos bosquejar una reforma tal de la organización judicial y del sistema de recursos que permita concebirlo, al menos a aquel contra la sentencia, como una garantía judicial del justiciable. Lamentablemente —a mi juicio—, ese no es, al parecer, el camino elegido ni por el legislador penal ni por los tribunales.⁽⁹⁾

3. Nueva visión de los recursos

3.1. La supresión del sistema de recursos

El origen histórico de los recursos contra las decisiones judiciales, marcadamente autoritario, por una parte, y las inconsecuencias y contradicciones de su sistema actual, pendiente, como lo hemos observado múltiplemente, de un delicado equilibrio entre ese autoritarismo y la comprensión del sistema conforme a la idea básica del Estado de derecho en materia penal —equilibrar las armas y garantizar al imputado un trato justo—, por la otra,

(8) Ver MAIER, JULIO B. J., “*Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*”, en *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1999, p. 941 y ss. Allí se consigna, en nota al pie final (p. 948), el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos y de su Protocolo Adicional n° 7, en vigor desde 1988, que ha reconocido los problemas del derecho continental y ha pretendido superarlos mediante la afirmación —rayana en la hipocresía— de dos principios básicos, originariamente no contenidos en la Convención (*ne bis in idem* y recurso para el condenado), seguidos de excepciones a ellos que tocan, precisamente, los problemas neurálgicos, excepciones que, a nuestro juicio, solo provocan la desactivación de las garantías previamente afirmadas.

(9) Ver los desaguisados de la Corte IDH en el “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, 02/07/2004, y el intento de seguirlo, por “obligación internacional”, de nuestra CSJN en “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”. Ver PASTOR, DANIEL ROBERTO, “El futuro de la casación penal”, en Gustavo A. Bruzzone y Daniel R. Pastor (dirs.), *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal - Casación*, n° 5, Bs. As., Ad-Hoc, 2008, p. 15 y ss., con los fallos y sus comentarios.

han logrado consagrar, al lado de las reglas básicas, excepciones abiertas a esas reglas que, a la par de convocar a una adaptación forzada a la idea política de mención, pueden dar pie a aplicaciones autoritarias, no bien se exagere su uso y se las interprete extensivamente. Ese riesgo me ha conducido a estimar que resulta necesaria una transformación del sistema de control de las decisiones judiciales, para garantizarle al eventual afectado por ellas la menor posibilidad de error y adaptar mejor el procedimiento judicial a la idea política del Estado democrático de derecho, pues el sistema actual y algunas de sus normas ya pueden ser, en ocasiones, calificados de hipócritas y hasta de cínicos.⁽¹⁰⁾

Cuando uno se pregunta “¿por qué recursos contra las decisiones judiciales?” responde, en primer lugar, con el temor al error del primer tribunal, provocado por el primer juicio. Pero no bien uno advierta que es del todo posible —e, incluso, más probable, como decía Beling— la producción del yerro acerca del problema planteado en una decisión en la resolución del segundo tribunal, producto del segundo juicio,⁽¹¹⁾ seguramente caerá en cuenta de que, históricamente, el temor reside en una razón varias veces más práctica: el número —o, quizás, también la clase— de jueces que integra los respectivos tribunales (quedémonos con el número para sintetizar), siempre menor el de primera instancia que el de segunda instancia, siendo estos últimos integrados con un número mayor de jueces.⁽¹²⁾ Como

(10) Las reglas y los desarrollos jurisprudenciales a que ha dado lugar el recurso del condenado contra la sentencia condenatoria, incluidas allí las reglas del Protocolo n° 7 de la llamada Convención Europea sobre Derechos Humanos (ver mi “*Anfechtung der Verurteilung: Garantie des Angeklagten oder Entscheidungskontrolle*”, *op. cit.*, p. 948), la sentencia de la Corte IDH y la de nuestra CSJN, de forzada adaptación (ver nota anterior), no solo se desentienden de las reglas básicas del proceso penal de un Estado de derecho y de su realización práctica, sino que también hacen honor a aquella respuesta de Sebastián Soler a Alfredo Orgaz en una de las polémicas honrosas de nuestra producción jurídica, a propósito de la repercusión civil de la sentencia de condena penal: “... sospecho que entonces el interesado clamaría que lo amáramos un poco menos”. Ver SOLER, SEBASTIÁN, “Algunas cuestiones civiles en el Proyecto de Código Penal”, en Alfredo Orgaz y Sebastián Soler, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1963, p. 44.

(11) Y no será la primera vez que ello suceda; multitud de anécdotas acuden a mi mente, como recuerda el texto de un tango famoso. Ver MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, t. I, § 7, nota al pie 99, p. 797 y ss. Al decir de Binding, prevalece el tribunal peor informado sobre el mejor informado, realidad que conduce a la idea de que los recursos aspiran a lograr otra finalidad: asegurar una organización judicial vertical, regida por el principio de la jerarquía.

(12) No es casual que, en Alemania, contradictoriamente, solo las sentencias por hechos punibles menos graves —y por tanto, eventualmente, también penas leves— puedan ser

parece natural, un número mayor de jueces —la integración de los tribunales superiores— requiere mayor deliberación entre ellos sobre la solución del caso y, precisamente por esa razón, existiría así un menor espacio para el error en este supuesto.

Entre nosotros, el argumento es todavía más certero porque el temor se reduce a las sentencias del juez unipersonal, cuando opera como juez de mérito que, por ello, no sigue procedimiento formal alguno de deliberación para la obtención de la sentencia, sino que —se puede decir con cierta licencia idiomática— delibera el caso consigo mismo, en el silencio de su despacho.⁽¹³⁾ Si una mayor estructura de deliberación en la construcción de la sentencia asegura mayor acierto o menor posibilidad de error es algo que puede discutirse, pero sí parece indudable que esa realidad, unida a otras que fundan argumentos coadyuvantes, garantiza mayor seriedad en la elaboración del fallo y en la realización correcta del procedimiento que marca la ley para arribar a él.⁽¹⁴⁾

No obstante, la objeción histórica de un juez francés, enojado por este procedimiento de control,⁽¹⁵⁾ me parece atendible: si ese número mayor de jueces que colaboran en un tribunal, unido a su mayor sapiencia y seriedad para la función, junto a su mayor experiencia, según se predica de los tribunales superiores, garantiza una mejor sentencia, ¿por qué no prescindir del juez de primera instancia y acudir directamente al tribunal de segunda instancia, al parecer, mejor situado desde cualquier punto de

.....
impugnadas mediante un recurso amplio (cualquier agravio y fundamento de injusticia) —la llamada *Berufung* (apelación)—, mientras que las sentencias por hechos punibles de mediana criminalidad y graves, amenazados con penas más graves, solo son impugnables por casación (revisión), recurso limitado a la crítica sobre errores de procedimiento y relativos a la interpretación y aplicación de la ley penal material (infracción a la ley). Ver ROXIN, CLAUDIUS y SCHÜNEMANN, BERND, *Strafverfahrensrecht*, 26ª ed., Munich, C. H. Beck, 2009, §§ 54 y 55, p. 413 y ss. Para la sorpresa que revela la nota, correspondida por todos los autores alemanes, pero no criticada por ellos, sino, antes bien, explicada políticamente y defendida con fuerza poco habitual, ver también MAIER, JULIO B. J., *La ordenanza procesal penal alemana*, Bs. As., Depalma, vol. II, Libro 3, Cap. 3: Advertencias, 1982, p. 272.

(13) Este es el caso del CPP CABA, arts. 279, 281 y concordantes. Vuélvase sobre la solución tradicional de la ley procesal penal alemana (ver nota anterior).

(14) Ver ROXIN, CLAUDIUS y SCHÜNEMANN, BERND, *op. cit.*

(15) Ver a Meyer en VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Bs. As., Lerner, 1969, p. 236: "si los jueces de grado valen más que los de primera instancia, que juzguen ellos directamente las causas, y no se ofenda a la justicia poniéndola primero, y casi por vía de experimento, en poder de hombres ineptos".

vista conforme a aquella opinión?; ¿para qué perder tiempo y algo más en sostener una organización judicial con dos instancias, si ya bastante demora y cuesta el procedimiento penal en sí mismo? Tiempo y dinero que podrían ahorrarse de conocer en primera instancia al tribunal que satisface los deseos de justicia, bien lograda en la segunda instancia. Más razón le asiste a esta tesis si pensamos en los principios que rigen el juicio penal, dificultados de sobremanera en una segunda instancia, al punto de que ella constituye, llevada a cabo correctamente, con satisfacción de esos principios —al decir de alguien que sí demostró su saber—,⁽¹⁶⁾ una segunda primera instancia y no tan solo una segunda instancia.

La imposibilidad de contestar este sencillo argumento da pie a la solución. No resulta importante la creación de varias instancias, pues de su crecimiento en número no depende la mejor administración de justicia ni el evitar errores; si la cuestión fuera así de sencilla, bastaría pensar en cuántas instancias necesitamos para una administración de justicia ideal y perfecta, y obrar normativamente en consecuencia, con la mayor aproximación posible a ese ideal. Sí es importante, en cambio, discutir cómo debemos integrar satisfactoriamente un tribunal para decidir un caso o un aspecto parcial de ese caso; más sencillamente, cuántos jueces y de qué clase son necesarios para resolver una determinada cuestión. Esa es una pregunta política, en principio, a decidir, quizás, por aproximación a un ideal,⁽¹⁷⁾ que puede tener respuesta, como tantas otras, por juicios de oportunidad, dependientes del contexto real en el que se inscribe la pregunta y de sus posibilidades, pero también en atención a parámetros normativos y, además, quizás por una mezcla de ambos conceptos. Del mismo modo deberíamos preguntarnos por el modo de proceder de esos jueces para resolver las diferentes cuestiones, pregunta que, en relación a la sentencia, ya contestan con claridad y suficiencia nuestros códigos de procedimientos penales.

A modo de ejemplo, "¿cuántos jueces y de qué clase deben integrar el tribunal que decida una prisión preventiva?". Una resolución que hoy decide un juez unipersonal y es apelable ante un tribunal colegiado integrado por

.....

(16) BINDING, KARL, *Grundriß der deutschen Strafprozessrecht*, 4ª ed., Berlín, 1900, citado y traducido por FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ, en "Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Colegio de Abogados, San José de Costa Rica, 1980, n° 41.

(17) Por ejemplo, juicio por jurados (CN arts. 24; 75, incs. 12 y 118), para qué casos y cuántos jurados.

tres jueces puede tener respuestas únicas o variadas, según la gravedad de la situación. Sería natural, por ejemplo, que la orden de detención la expida, de ordinario, un juez unipersonal e inaudita parte, por el peligro que sufriría su ejecución con la demora, pero también que ella fuera revisable, inmediatamente o a pedido de quien la sufre, en una audiencia, presidida por un tribunal colegiado, en la cual pueda ser tratada la cuestión ampliamente, incluso desde el punto de vista de su reemplazo por medidas de coerción de menor gravedad (hoy llamamos a esa posibilidad “excarcelación” o “eximición de prisión”). Sería también deseable que la prisión fuera examinable en períodos de tiempo y de la misma manera por un tribunal integrado como el anterior o, quizás, por más jueces, cuando la prisión preventiva se prolongue, alcance una duración mayor, determinada por la ley. Con ello no se está tan lejos de la actual apelación, pero el sistema parece más racional.

Si ello es correcto, ya podemos prescindir durante el procedimiento, al menos en gran medida, del sistema de recursos. Obsérvese que, durante el juicio público, ello ya ha sucedido⁽¹⁸⁾ por elementales razones de intermediación, concentración, celeridad y coordinación. Por los mismos motivos que pueden ser descriptos como el máximo de celeridad con el menor esfuerzo posible —“economía procesal”, si se quiere—, es ahora recomendable pensar en el procedimiento hacia atrás y llevar a cabo una transformación posible, sobre todo en el procedimiento preliminar. Ciertamente los recursos, a pesar de cualquier decisión legal que pretenda y pregone lo contrario, son la causa más clara de prolongación temporal e interrupción del trámite de un procedimiento penal en curso.

3.2. *El recurso del condenado como garantía judicial*

Dos son las razones básicas según las cuales no podemos proceder de esta manera con el recurso del condenado contra la sentencia de condena; la afirmación rige también, analógicamente, para el recurso de quien, a pesar de no ser condenado, soporta, según la sentencia penal, una medida de seguridad y corrección, sobre todo cuando esa medida representa la privación de su libertad. Sobre el particular ya hemos escrito suficiente,⁽¹⁹⁾ pero vale la pena repetir, sintéticamente, ciertos conceptos.

.....

(18) Ver CPP Nación, art. 440; CPP Bs. As., art. 429; CPP Córdoba, art. 451 y CPP CABA, art. 273.

(19) Ver MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 632 y ss., 705 y ss. y 793 y ss.

La primera razón es más que simple y trae a colación la justificación de un derecho positivo muy especial, porque se trata del derecho internacional de los derechos humanos y de nuestra CN. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8º, n° 2, h) y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 14, n° 5), ambos no solo ratificados por nuestro país —con lo cual pasaron a formar parte, prácticamente, de nuestra legislación interna—, sino, antes bien, con actual estatus constitucional (bloque de constitucionalidad), en virtud del texto vigente del art. 75, inc. 22 de nuestra CN, disponen que la persona juzgada en un procedimiento penal tiene, entre otros derechos, el de recurrir el fallo ante un tribunal superior —se supone, cuando ese fallo le es desfavorable— o, con un texto más claro, que quien es declarado culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le ha impuesto, sean sometidos a un tribunal superior, según previsión legal.

El derecho positivo no deja dudas acerca del derecho de un imputado condenado y de alguien que, incluso, no fue condenado, pero sufre una disminución de derechos según la sentencia penal, salvo pequeños errores del texto fácilmente solucionables por analogía en favor de quien es portador de la garantía, interpretación antes aclarada en nuestro texto. La facultad debe ser reglamentada por la ley procesal penal —establecer un recurso idóneo como una facultad del portador de la garantía—, y el relativo —pero sugestivo— desliz de que la existencia de un “tribunal superior” en la organización judicial puede ser fácilmente explicado como la necesidad de que ese tribunal tenga poder, emanado del recurso interpuesto, para revocar, modificar o transformar la sentencia dictada por el primer tribunal que intervino y ya juzgó, decisión que, precisamente, es objeto del recurso.

La segunda razón resulta más compleja para explicar. El Estado de derecho no se satisface, al parecer, con la existencia de un solo juicio en contra del trasgresor, para fundar una condena y una pena (o una medida de seguridad y corrección grave), sino que, cuando el condenado o quien debe soportar la pena o la medida no aceptan la decisión estatal,⁽²⁰⁾ precisa que, en principio, otro juicio, presidido por otros jueces, ratifique total o parcialmente la bondad de la decisión o, por lo contrario, si ese no es el caso, revoque o reforme la decisión.

.....

(20) Obsérvese que este es un uso legítimo de la llamada **verdad consensual** o del poder **dispositivo** en materia penal; el Estado satisface su concepto de justicia pública, en esta materia, con un solo juicio, si el condenado acepta la sentencia.

Desde otro punto de vista relativo al perseguido penalmente: el Estado de derecho en su forma actual, según la medida de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, reclama la concesión al condenado de una nueva chance, posibilidad, si él lo desea, para demostrar su inocencia o la necesidad de una reacción menor del Estado respecto de su conducta antijurídica. Con ello podríamos sentenciar que la condena, o la aplicación de una pena o de una medida grave, si quien debe soportar la pena o la medida lo requiere, debe tener como fundamento dos condenas en dos juicios distintos. Allí aparece el **derecho al recurso** como la expresión de voluntad de aquel a quien se le ha impuesto una pena o una medida de seguridad, en el sentido de la realización de este nuevo juicio, del aprovechamiento de esta segunda chance, que el orden jurídico procesal penal le ofrece.

Claro es que tal facultad es susceptible de ser reglamentada por la ley, siempre y cuando tal reglamentación no la suprima o altere de tal manera que equivalga a suprimirla (art. 28 CN). Por una parte, quien desee esta segunda chance deberá invocar primero, y luego verificar, que el error que supone en la primera sentencia, que le impone una pena o una medida, es plausible, esto es, racional, probable, caso en el cual dará pie a la apertura del nuevo juicio, que versará sobre su agravio y decidirá con el límite de la extensión de su agravio. Por lo demás, si el error supuesto no toca a las comprobaciones fácticas de la sentencia que permanecen incólumes, el mismo tribunal que estudia su plausibilidad podrá ahorrar tiempo y procedimiento, y establecer el nuevo orden (condena más leve o absolución) al admitir el recurso, si no son necesarias verificaciones posteriores (por ejemplo, sobre la medición de la pena). Caso contrario, dispondrá la realización de un nuevo juicio para establecer los supuestos que precisa conocer. Si el tribunal *ad quem* no admite el recurso, ello implica la confirmación de la sentencia de mérito. Con ello quiero explicar, también, que es posible dividir el examen entre un tribunal, quizás **superior** en una organización jerárquica —a la letra de las convenciones—, que juzgue sobre la probabilidad de la existencia del error que funda el recurso, y otro de mérito y reenvío que realice el nuevo juicio, si así es ordenado.

El nuevo juzgamiento, a pedido de quien es perseguido penalmente, perjudicado por la solución establecida en la primera sentencia de mérito, no puede culminar en una decisión que perjudique al recurrente aún más que la sentencia recurrida. La prohibición de la *reformatio in peius* adquiere así sentido material y no tan solo formal, dependiente de la expresión de voluntad

de un acusador que decide no recurrir la sentencia. Por esta misma razón, pero más aún por la infracción contra el principio que prohíbe la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) —es decir, prohíbe una segunda chance para el acusador de lograr la condena querida por él—, se le debe conceder solo al condenado o a quien sufre la imposición de una pena o de una medida de seguridad y corrección; únicamente a él le incumbe este derecho y los acusadores deben ser privados de la facultad de recurrir la sentencia cuando ella no satisface sus demandas (no condena o impone penas o medidas más leves que las requeridas). El texto mismo de las convenciones avala también esta solución, si ello fuera necesario para el intérprete.

En el texto que desarrollé para la CABA y que no fue utilizado en la sanción de su Código, no se procedió de manera ortodoxa como en el texto académico; allí solo se permitió el recurso de la fiscalía, y eventualmente, el del querellante, cuando la sentencia era el producto de un delito doloso perpetrado, en relación a ella, por un juez del tribunal (prevaricato, cohecho, exacciones ilegales o recepción de dádivas, por ejemplo) o por otro autor (amenazas o coacción contra un juez, un testigo o un perito), con influencia en la sentencia, por ejemplo, únicos casos en los cuales el acusador podía recurrir la sentencia de mérito, si verificaba, previamente, para tornar admisible su recurso, el presupuesto que lo tornaba factible.⁽²¹⁾

Quizás deba decirse también que el sistema **bilateral** de recursos contra la sentencia —aquel que permite recurrir tanto al acusado como al acusador— resulta ya imposible desde un punto de vista lógico, porque conduce, en extremo, a un *regressus in infinitum*. En efecto, cuando la fiscalía o el acusador recurren en busca de una condena frente a la absolución que puso fin al primer juicio o en busca de una condena más grave que satisfaga sus demandas, y su recurso triunfa, allí comienza, nueva u originariamente, la facultad del condenado de interponer un recurso contra la eventual condena y, con palabras más simples, todo comienza de nuevo. Esta razón fue, claramente, la que motivó a la Convención Europea de Derechos Humanos en su Protocolo Adicional n° 7, que estableció tanto **el derecho al recurso del condenado como el principio de la prohibición de la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*)**, principios desconocidos literalmente en el texto original de la convención y reconocidos posteriormente por el Protocolo citado, y a fijar múltiples excepciones a esas normas

(21) Ver art. 213 del Proyecto de CPP modelo para la Nación, 2005, sin publicar y entregado al Secretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación.

básicas del ordenamiento jurídico-penal, excepciones que conducen a la negación de los principios citados o a su alteración a tal punto, que resultan intolerables para ellos, porque los eliminan en el sentido del art. 28 de nuestra CN.⁽²²⁾

4. ¿Hacia una nueva organización judicial horizontal?

Claro es que se puede conservar la organización judicial vertical, hasta ahora predominante, para receptar esta serie de sugerencias, y más claro aún es, para nuestro derecho positivo que, en cierta manera, ella deberá soportar las reformas necesarias, pues ese tipo de organización viene, incluso en algunos casos, impuesto constitucionalmente.⁽²³⁾ Pero la implementación del recurso contra la condena de quien va a sufrirla sería bastante más sencilla con una organización judicial horizontal, en la cual los jueces, sin distinción —o con la única distinción de la competencia territorial del tribunal en el cual cumplen funciones, por razones de distancia espacial—, fueran todos jueces del Estado que los instituye y desarrollaran, en cada caso, la función que se les asigna, por algún método que proscibiera la arbitrariedad en la atribución particular del caso.

Tampoco resulta necesaria la formación rígida de un tribunal, integrado siempre con el mismo número de jueces que son necesarios para cumplir la misión encomendada dentro de la administración de justicia, y con los mismos jueces, a variar solo por integración ante el apartamiento de uno de los titulares (recusación o excusación), solución escasamente imaginativa, sino que es recomendable que todos los jueces que tienen una misma competencia territorial y material conformen un tribunal integrado con múltiples jueces como organización, tantos como sea necesario según la cantidad y clase de los asuntos a decidir y el número de jueces que tiene que decidirlos.

De este modo, no es necesario concebir al tribunal revisor como un tribunal "superior", en sentido jerárquico, sino, antes bien, superior en sentido material para el caso y, por el contrario, sí es posible determinar que este tribunal

.....
(22) Ver MAIER, JULIO B. J., *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, op. cit., nota al pie n° 7, p. 948.

(23) Nuestra CN, en el art. 108, conoce al menos un tribunal superior instituido por ella, la CSJN; varias de las constituciones locales hablan no solo de la Corte Suprema o Tribunal Superior provincial, sino, incluso, de otros tribunales de primera y segunda instancia; reglas constitucionales, por cierto, criticables.

revisor esté integrado por más jueces que aquel que dictó la sentencia de mérito, necesariamente, además, integrado por otros jueces distintos a aquellos que intervinieron anteriormente. Ello no obstruye la posibilidad de crear tribunales con una competencia material de "menor cuantía", por ejemplo, dedicados al derecho contravencional o de faltas, cuando se lo elabora como un sistema penal, o al derecho penal de penas leves (por ejemplo, no privativas de libertad), y otros de "mayor cuantía", dedicados a delitos relativos a la criminalidad media y de gravedad, ni tampoco impide crear distintos tipos de tribunales e integraciones (jueces profesionales, escabinado, jurados) para distintos tipos de delitos, incluso según su gravedad.

Déjenme decir, finalmente, que esta organización horizontal se corresponde mejor con un Estado democrático de derecho que con la organización vertical a la que estamos acostumbrados.



Consideraciones historiográficas, jurídicas y políticas sobre la "Carta de Jamaica", de Simón Bolívar

ALBERTO FILIPPI⁽¹⁾



1. Introducción

El reciente hallazgo, en un archivo del Banco Central de Ecuador, del manuscrito en español de la célebre epístola de Bolívar, escrita de puño y letra por Pedro Briceño Méndez, su secretario y confidente, durante el exilio en las islas del Caribe, impone varias consideraciones. La carta, dirigida al inglés Henry Cullen, amigo y admirador del caraqueño —y por su intermedio a la opinión pública británica—, fechada en Kingston, la capital de Jamaica, el 06/09/1815, se publicó por primera vez en inglés en la *Jamaica Quarterly Journal and Literary Gazette*, en julio de 1818. En español, la conocemos por una traducción posterior aparecida en Caracas, en 1833, en el volumen XXI, de la *Colección de documentos relativos a la vida pública del Libertador*, compilada por Francisco Javier Yañez y Cristóbal Mendoza.

Cerca de cumplirse, en los meses venideros, el bicentenario de la publicación de esta pieza fundamental del pensamiento de Bolívar, bien vale la pena reflexionar sobre las razones que le dieron origen y el sentido histórico de su actualidad en la necesaria perspectiva de nuestra integración.

.....

(1) Filósofo e historiador de la Universidad de Roma La Sapienza, y de Camerino (Italia). Profesor en la Escuela del Servicio de Justicia en Buenos Aires y en el doctorado de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús.

Como bien sabemos, los años 1815 y 1816 son decisivos para la vida política e intelectual del Libertador. Los pasa casi enteramente viajando por el Caribe, y son **años claves** para los destinos, los modos y los tiempos de la realización de la independencia, porque marcan la transición de la “guerra civil” a la nueva guerra internacional —después de la caída definitiva de Napoleón en Waterloo—, así como el hito de una decisión que los criollos nunca hubieran querido tomar: la abolición de la esclavitud. Decisión estratégica que Bolívar va a asumir sobre la base de acuerdos con el presidente de Haití, Alexandre Petión, y que se volverá una realidad con el decreto sobre la “libertad absoluta de los esclavos”, del 02/06/1816, emitido en Carúpano, en el oriente de Venezuela.⁽²⁾

Para orientar al lector de hoy —al que no le es familiar el horizonte cultural de hace dos siglos— es necesario referirnos al análisis de las fuentes del pensamiento jurídico-político de Bolívar, para colocarlo mejor en la compleja herencia de las influencias en las que se había formado en Caracas, primero, y luego en los casi siete años de su permanencia en España, Francia, Italia e Inglaterra. Y lo hago recurriendo al testimonio del mismo Bolívar, en este texto excepcional, en el cual recoge y expresa la especificidad de su cultura y la síntesis innovadora que logró de varias elaboraciones filosóficas-políticas, repensándolas desde su punto de vista de criollo americano.

La “Carta de Jamaica” es el documento original y decisivo del giro intelectual que protagoniza Bolívar al cumplir sus 32 años, en una dramática coyuntura, después de fracasos durísimos, con la reiterada caída de las dos Repúblicas en Caracas, que lo obligan a revisar a fondo la estructura ideológica y militar de la lucha por la emancipación en la vigilia de un hecho esencial: su encuentro con Petión, el mulato hijo del colono francés Pascal Sabés y la afroamericana Úrsula.

Allí constatamos la afirmación de una ideología nueva que rápidamente se va transformando, y radicalizando, hacia un pensamiento liberal republicano —fuertemente imbuido de las enseñanzas de Simón Rodríguez— que,

(2) Sobre las implicaciones de la política en la guerra de Independencia antes y después de la “Carta de Jamaica”, y de la abolición de la esclavitud, ver FILIPPI, ALBERTO, *Instituciones e Ideologías en la Independencia Hispanoamericana*, Bs. As., Alianza, 1988 (especialmente capítulo primero); LYNCH, JOHN, *Simón Bolívar*, Barcelona, Crítica, 2006 (especialmente capítulo V) y el indispensable ensayo de VERNA, PAUL, *Pétion y Bolívar: cuarenta años de relaciones haitiano-venezolanas y la emancipación de Hispanoamérica (1790-1830)*, Oficina Central de Información, Caracas, Presidencia de la República, 1969.

superando el etnocentrismo que lo había caracterizado hasta entonces, sabrá comprender, y sostener, la igualdad de los derechos civiles y políticos, valorándolos en una universalidad —revolucionaria para su tiempo— que incluirá también a las diferentes variantes étnicas de los pueblos originarios, a los mestizos, mulatos, y, sobre todo, a los afroamericanos que se debían finalmente liberar.

Escrito de transición, donde la reflexión sobre la historia y la política se sostienen recíprocamente para poder colocar la feroz crítica al antiguo régimen y su teoría de la revolución americana en el contexto histórico-conceptual que, a su vez, la fundaba y la justificaba. Por todo ello la considero como la primera elaboración de una **sociología de la historia hispano-americana** —de las ideas y de las instituciones—, referida al periodo de los tres siglos en los cuales emergió, una realidad social y cultural originalmente “americana”, que tenía como protagonistas a hombres y etnias entrecruzadas, de manera tal que habían dado vida, por decirlo con sus palabras, a “un pequeño género humano”.

Por otra parte, es precisamente partiendo de la comprensión de esta “Carta” que se entienden las raíces de la concepción que Bolívar tiene de la integración de la América “antes española”, concepción cuya sorprendente vigencia se extiende hasta este comienzo del siglo XXI, y para toda posible arqueología de nuestro futuro americano.

La perspectiva histórica, de larga duración, desde la cual Bolívar observa la historia occidental y en la que coloca a **su** América dentro de la gran transición del derrumbe del imperio Borbónico, es grandiosa, y su análisis, agudísimo.

Yo considero el estado actual de América, como cuando desplomado el imperio romano cada desmembración formó un sistema político, conforme a sus intereses y situación, o siguiendo la ambición particular de algunos jefes, familias o corporaciones, con esta notable diferencia, que aquellos miembros dispersos volvían a restablecer sus antiguas naciones con las alteraciones que exigían las cosas o los sucesos; más nosotros —explica Bolívar a su correspondiente británico—, que apenas conservamos vestigios de lo que en otro tiempo fue, y que por otra parte no somos indios, ni europeos, sino una especie media entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles: en

suma, siendo nosotros americanos por nacimiento, y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar a éstos a los del país, y que mantenernos en él contra la invasión de los invasores; así nos hallemos en el caso más extraordinario y complicado...

El enorme mérito de Bolívar, precursor y profético al mismo tiempo, es haber entendido que, para lograr la emancipación americana era indispensable reconocer que constituíamos "el caso más extraordinario y complicado", resultado de la configuración histórica de esta nueva "especie media", mezcla y suma de los derechos de "los legítimos propietarios del país" —los pueblos originarios—, de los "usurpadores españoles", y de los criollos "americanos por nacimiento" pero con "derechos de Europa", que ahora, para lograr la independencia, debían ser "disputados". Esta concepción del venezolano, no obstante, será combatida durante todo su siglo, hasta la revolución mexicana y su constitución de 1917, o hasta las actuales formidables constituciones de Ecuador y Bolivia, que reconocen jurídicamente la pluralidad de los derechos de los pueblos originarios y las múltiples derivaciones étnicas que originaron los procesos de mestizaje.

Pero veamos brevemente la relevante peculiaridad del "caso más extraordinario y complicado" en el que se hallaban las sociedades que se habían constituido en los milenios y siglos precedentes a la generación emergente de Bolívar; sociedades, que él conoce y analiza no solo por su vastísima experiencia directa, sino también por las lecturas de autores que del conocimiento de esa América habían sido protagonistas insignes, desde Bartolomé de las Casas a Alexander von Humboldt, y desde Antonio de Herrera a Servando Teresa de Mier.

Los datos que hoy conocemos mejor son, en lo sustancial, los mismos que manejaba Bolívar y los autores a los que hacía referencia.

Para todos ellos, en la perspectiva de un análisis comparado de la historia del continente, eran evidentes las múltiples diferencias entre la América Ibérica y la Angloamericana, muy especialmente por la composición étnica de sus sociedades.

Obsérvese, para concentrarnos en Suramérica, que pocos años antes, según el censo de 1795, la población de Perú (compuesta por las intendencias de Lima, Tarma, Huamanga, Cusco, Arequipa y Trujillo) sumaba 1.151.207 habitantes, que se subdividían en 140.890 españoles (12,63%), 648.615 indios (58,16%), 244.313 mestizos (21,90%), 41.004 negros libres (3,67%) y 40.385 esclavos (3,62%).

Proporciones demográficas similares son las que encontramos en los territorios del futuro Virreinato del Río de la Plata, aunque la suma de habitantes que residían en los "pueblos de indios" y en las "poblaciones grandes de españoles", divididos y segregados por la imposición colonial, era notablemente menor.

Según el censo organizado por el gobernador de Buenos Aires, Diego de Góngora (1618-1623), resultaban 2730 habitantes blancos y criollos, y 4899 indios en las reducciones o al servicio de las ciudades. Todavía en el censo de 1776, se daba para la población rioplatense 70.876 blancos con limpieza de sangre (metropolitanos o americanos), 41.509 indios y 74.712 mestizos, mulatos, negros y zambos.⁽³⁾

Papel fundamental, en ese proceso tan peculiar de la América "española", desempeñaron las mujeres indias, cuya matrilinearidad, en la procreación y cuidado de la descendencia, fue y sigue siendo determinante en las sociedades andinas, mexicanas o guatemaltecas. Denigradas al ser consideradas "idólatras y salvajes", en las diversas fases del espantoso proceso que desintegra sus comunidades, religiones y culturas, las "indias cobrizas", al parir los hijos del conquistador, en vez de alcanzar el rango de su poder en virtud de la maternidad/filiación, terminaban por ratificar en el blanco su voluntad de dominación, y consolidaban la tradición que se trataba de imponer con la violencia propia de la opresión colonial, de la supremacía ibérica del macho sobre la hembra, del cristiano vencedor sobre la conquistada infiel.

Pero al mismo tiempo, y de manera irrefrenable, sistemáticamente nacían los mestizos: los nuevos "americanos", y junto con ellos, lenta y tenazmente, se fueron sumando los derechos heredados de las madres indias con los de los blancos, españoles primero y criollos después, hasta el punto de que los tributos al rey (inicialmente limitados solo a los indios) fueron exigidos también para los "nuevos mestizos", y para los negros y mulatos, todas variaciones étnicas en crecimiento demográfico respecto de los pueblos originalmente solo indios.

(3) FILIPPI, ALBERTO, *Dalle Indias all'America Latina. Saggi sulle concezioni politiche delle istituzioni euroamericane*, Collana dell'Istituto di Studi storico-giuridici, filosofici e politici, Università degli Studi di Camerino, Camerino, 1999, pp. 33/59; HIDALGO LEHUEDÉ, JORGE y LANGUE, FRÉDÉRIQUE, "La reformulación del consenso: nuevos modelos de integración de comunidades", en E. Tandeter, (dir.), *Historia general de América Latina*, vol. IV, Madrid, Unesco/Trotta, 2000, pp. 414/418. Para una visión de conjunto, CELTON, DORA (ed.), *Cambios demográficos en América Latina: la experiencia de cinco siglos*, Centro de Estudios Avanzados, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1998.

Así, por ejemplo, sostiene Pedro Martínez de Arizola, oidor de la Audiencia de Quito en visita al Corregimiento de Cuenca (1735-36), que la Corona propone “extender a los negros, mestizos y mulatos el tributo en metálico y trabajo”,⁽⁴⁾ con el resultado, del todo sorprendente que, ya en 1574, el virrey Francisco de Toledo había precozmente advertido, en carta al rey y con fundada alarma, que en Perú se iba generando, en la amenazante lucha por los derechos, “una alianza entre mestizos e indios en contra de los españoles”. El virrey observa, con sagaz preocupación, cómo el número de mestizos “cada año se multiplican en estas provincias” en razón de lo cual escribía a “vuestra Majestad [sobre] los daños de no atajar y cortar esto. Digo que el número presente es muy grande, causado de la gran libertad que en este Reino ha habido de las indias que los españoles han tenido por mancebas y no singularmente [sino] llenas de sus casas”.

¿Por qué, a los ojos del virrey, “el tanto número de mestizos” presenta tan graves y alarmantes incógnitas para la estabilidad del orden colonial? Porque los mestizos —y los mestizajes étnicos-jurídicos de los que son portadores— resultan ser un tipo de “gente que andando al tiempo ha de ser muy peligrosa y muy perniciosa en esta tierra”. Pero, ¿de dónde proviene el peligro? Porque, le escribe al Rey Felipe II, **“No dejan estos [los mestizos blancos en sus distintas decantaciones étnico-jurídicas] de tener pretensiones, juzgando que por parte de la madre es suya la tierra y que sus padres la ganaron y conquistaron”**.⁽⁵⁾

Se trata, hasta donde alcanzan mis datos, del primer reconocimiento formulado de manera explícita, si bien en negativo, por parte de la máxima autoridad del virreinato de la sorpresiva ampliación en curso de los derechos de unos nuevos sujetos étnico-políticos, que, partiendo del cruce de los “naturales” de España (o de los criollos de nacimiento) con “los legítimos propietarios” del continente, han dado origen a los mestizos, esta “*especie media*” a la cual hace referencia, en su atrevida y correcta previsión, Bolívar.

.....

(4) PANIAGUA PÉREZ, JESÚS y RUIGÓMEZ, MARÍA DEL CARMEN, *Documentos sobre la visita a Cuenca del oidor Pedro de Arizola y su proyecto de reforma (1726-1748)*, Madrid, Universidad de La Rioja/Fundación Histórica Tavera, 2009.

(5) “Carta del virrey Francisco de Toledo a su Majestad Felipe II” (1574), en LEVILLIER, R., *Gobernantes del Perú. Cartas y papeles del siglo XVI. Documentos del Archivo de Indias*, Madrid, 1921-1926, vol. IX, p. 338, el resaltado es mío. Sobre la relación entre “dominación” y “cuestión racial” en el Perú, PORTOCARRERO, GONZALO, *Racismo y mestizaje*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2007.

El primer testimonio sobre el “nombre impuesto” de “mestizos”, nos lo dejó el Inca Garcilaso de la Vega, nacido en Cusco en el año 1539, que, en sus *Comentarios Reales* (1609) reivindica con orgullo su doble (y por lo mismo) combatida condición existencial: “A los hijos de español y de india, o de indio y española, nos llaman mestizos por decir que somos mezclados de ambas naciones, y por ser nombre impuesto por nuestros padres, que tuvieron hijos en Indias y por su significación, me lo llamo yo a boca llena y me honro con él”.

Porque así fue: y no solo para los hombres mestizos como el Inca Garcilaso de la Vega, sino también para las mujeres, hijas o madres de sangres cruzadas. Mestizas, zambas o mulatas, con el pasar de las décadas fueron asumiendo y sumando las nuevas identidades que les eran propias y que las llevaron a ser valientes luchadoras en las insurgencias, rebeliones y combates sociales y militares contra la opresión y por la libertad americana, como es los casos de Micaela Bastidas y de Juana Azurduy.⁽⁶⁾

Por supuesto, e inevitablemente, las diferentes combinaciones y variantes históricas de las mezclas que constituyen “el pequeño género humano” son —junto a las “situaciones diversas” de los “climas remotos” o los “intereses opuestos—, causas de posibles des-integraciones que **no** facilitan la integración de la América “antes española”.

Bolívar temía sobremanera a las “desmembraciones” que pusieran en peligro la existencia del todo de las identidades —y de los derechos acumulados—, del “pequeño género humano”. Percibía los peligros que se podían derivar de la reciente experiencia amenazante del Congreso de Viena —concluido pocas semanas antes, en junio de 1815—, que había despedazado brutalmente a pueblos y países de media Europa, restaurando el absolutismo reaccionario: peligro inminente que Bolívar trata de evitar que se repita en su patria grande.

Por todo ello, el desafío, determinante para afrontar los nuevos tiempos, era para Bolívar “la *Unión*”. Unión que —como destaca con su cursiva original en el texto— debe ser perseguida y lograda partiendo del patrimonio común, que es constituye en “una sola nación”: porque todos tenemos un mismo “origen, una lengua, unas costumbres (...), por consiguiente [deberíamos] tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse”, después de la Independencia.

.....

(6) Recientemente rescatadas y valoradas por GUARDIA, SARA B., *Mujeres peruanas. El otro lado de la Historia*, Lima, CEMHAL, 2013 y WEXLER, BERTA, *Juana Azurduy y las negras de la revolución altoperuana*, Sucre, Centro Juana Azurduy, 2002.

Bolívar sabe bien que una "Unión" semejante "no nos vendrá por prodigios divinos, sino por efectos sensibles y esfuerzos bien dirigidos", con el objetivo de, una vez independizados, dialogar "con las naciones de las otras partes del mundo".

Es una idea grandiosa pretender formar de todo el mundo nuevo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. (...) ¡Qué bello sería que el istmo de Panamá fuese para nosotros lo que el de Corinto para los griegos! Ojalá que algún día tengamos la fortuna de instalar allí un augusto Congreso de los representantes de las repúblicas, reinos e imperios a tratar y discutir sobre los altos intereses de la paz y de la guerra, con las naciones de las otras tres partes del mundo.

Hoy en día, el reconocimiento de las múltiples identidades étnicas cuyo núcleo más duradero y emblemático se va a prolongar en los siglos venideros, se ha extendido enormemente desde la época de Bolívar. Y lo ha hecho precisamente a partir del crecimiento exponencial de las distintas variantes que componen la "especie media", como es el caso de Bolivia, donde los mestizos han superado demográficamente a los indios, y el de Brasil, donde los afroamericanos y sus descendientes superan la mitad de la población, o sea que alcanzan los cien millones en una Suramérica en la cual ahora viven alrededor de cuatrocientos millones de habitantes.

2. Reseña crítica de las fuentes bibliográficas

La reseña de las fuentes bibliográficas de los textos consultados por Bolívar no solo sirve como base para el estudio de la "Carta", sino también para entender y estudiar la complejidad jurídico-política de sus proyectos constitucionales —para Venezuela, en 1819, y para Bolivia, en 1826—, sobre los cuales dedicamos tanta atención en nuestro curso de la Escuela del Servicio de Justicia.

Vale la pena, entonces, detenernos para observar con precisión cuáles fueron los libros de los autores conocidos y citados, directa o indirectamente, por el Libertador para la elaboración de este texto tan célebre, cuyas fuentes, sin embargo, han sido muy poco estudiadas.

Propongo las obras en orden alfabético, teniendo en cuenta que a veces cito también ediciones posteriores a las directamente poseídas o conocidas

por Bolívar, y que he consultado para compulsar los textos o para verificar las citas mismas:

- Acosta, Ioseph [José], *Historia natural y moral de las Indias en que se tratan las cosas notables del cielo, y elementos, metales, plantas y animales dellas: y los ritos y ceremonias, leyes, y gobierno, y guerras de los Indios*, Sevilla, en la casa de Juan León, 1590, pp. 535;
- Castel, Charles-Irinée, Abbé de Saint Pierre, *Mémoire pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, 1712;
- Castel, Charles-Irinée, Abbé de Saint Pierre, *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Utrecht, en A. Schouten, 1713;
- Castel, Charles-Irinée, Abbé de Saint Pierre, "Extrait du projet de paix perpétuelle" [ahora en Jean-Jacques Rousseau, *Oeuvres Complètes*, París, Gallimard, vol. III, 1964, pp. 563/591];
- Dávila y Padilla, Agustín, *Historia de la fundación y discurso de la Provincia de Santiago de México, de la Orden de Predicadores, por la vida de sus varones insignes, y casos notables de Nueva España*, Madrid, 1595 [2ª ed., Bruselas, impreso en la casa de Ivan de Meerbe, 1625];
- José , Guerra [con este nombre de batalla lo cita Bolívar pero se trata de Fray Servando Teresa de Mier Noriega y Guerra], *Historia de la Revolución de Nueva España, Antiguamente Anáhuac ó verdadero origen y causas de ella con la relación de sus progresos hasta el presente año de 1813*, Londres, Imprenta de Guillermo Glindo, 1813, 2 vol. [ahora en la edición de Fondo de Cultura Económica y el Instituto Cultural Helénico, México, 1986];
- Herrera, Antonio de, *Historia general de los hechos de los castellanos en las islas y tierra firme del mar océano. En cuatro décadas desde el año de 1492 hasta el de 1531*, Madrid, Emprenta Real, impreso por Juan Flamenco, 1601, 2 vol. [décadas comprendidas entre 1532 y 1554];
- Humboldt, Alexander von, *Essai politique sur le royaume de la Nouvelle-Espagne. Avec un Atlas physique et géographique fondé sur des observations astronomiques, des mesures trigonométriques et des nivellements barométriques...*, París, chez F. Shoell, 1811, 2 vol. [facsimil integral de la edición de París, 1811, Theatrum Orbis Terrarum, Da Capo Press, Amsterdam-New York, 1971];
- Las Casas, Fray Bartolomé de, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias, colegida por el obispo don fray Bartolomé de Las Casas o Casaus de la orden de Santo Domingo*, Sevilla, Sebastián Trujillo, 1552;
- Molina, Juan Ignacio, *Compendio de la historia geográfica, natural y civil del Reino de Chile*, Madrid, impreso por Antonio Sancha, 2 vol., [1788; vol. 1, traducción del italiano de Domingo Joseph Arquellada; vol. 2, traducción y notas de Nicolás de la Cruz Bahamonde];

- Montesquieu, Charles L  uis de Secondat, bar  n de la Br  de y de, *De l'Esprit des lois, ou du rapport que les Lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les œuvres, le climat, la religión, le commerce, etc. A quoi l'auteur a qjout   de recherches nouvelles sur les lois romaines touchant les successione, sur les lois francaises et sur les lois féodales, edición príncipe*, Genève chez Barillot, 1748, [ahora en la edición de las *  uvres complètes*, París, Editions du Seuil, 1964, préface par George Vedel];
- Pradt, Dominique de Fourt, abbé de, *Les trois âges des colonies, ou de leur état passe, present et à venir*, París, chez Giguet et Cie., Imprimeurs Libraires, 1801-1803, 3 vol.;
- Raynal, Guillaume, *Historie philosophique et politique des établissements et du commerce des européens dans les deux Indes*, Amsterdam, 1770, 6 vol.; [ahora *Histoire philosophique et politique des deux Indes*, Avertissement et choix de textes par Ives Benot, París, La découverte, 2001];
- *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, Madrid, 3   ed., 1774, 4 vol. [vol. 1, impreso en Andrés Ortega; vol. 2 a 4 por Antonio Pérez de Soto];
- Solis y Rivadeneyra, Antonio, *Historia de la conquista de México. Población y progresos de la América Septentrional, conocida por el Nombre de Nueva España*, Madrid, imprenta de Antonio Gon  ales de Reyes, 1704 [reedición de Madrid, Imprenta y Librería de Joseph García Lanza, 1758, en 2 vol.];
- Torquemada, fray Juan de, *Los veinte y un Libros Rituales y Monarchia Yndiana con el origen y guerras de los Yndios occidentales: de sus poblaciones, descubrimientos, conquista, conversión, y otras cosas maravillosas de la misma tierra*, Sevilla, imprenta de Mathias Clavijo, 1615, 3 vol. [ahora en la 2   ed. crítica de Miguel León-Portilla, México, UNAM, 1981, 7 vol.];
- Walton, William, *An Expose of dissention of Spanish-America, containing, an account of the origin and progress of total differences, which have bathed that country in in blood and anarchy...*, printed for the author, London, W. Glindon, 1814.⁽⁷⁾

.....

(7) Para este estudio bibliográfico tuve en cuenta la edición de la "Carta" tal como est   registrada en los *Escritos del Libertador* (vol. VIII) y los criterios de la comisión editora, pero también CUEVAS CANCINO, FRANCISCO, *La Carta de Jamaica redescubierta*, México, Colegio de México, 1975. Véase asimismo FLORESCANO, ENRIQUE, "El ideal Bol  variano en la Carta de Jamaica", en *Cuadernos Americanos*, año XXIII, n   5, México, 1963; BRADING, DAVID A., *Classical Republicanism and Creole patriotism: Simón Bolívar and the Spanish American Revolution (1783-1830)*, Cambridge, Cambridge UP, 1983. ARECHIGA CÓRDOBA, ERNESTO, "Una nueva propuesta de Discusión en torno a la Carta de Jamaica", en *Cuadernos Americanos*, año X, n   58, México, 1996; y PINO ITURRIETA, ELÍAS, *Nueva lectura de la Carta de Jamaica*, Caracas, Monte Ávila, 1999. Por supuesto, falta compulsar la traducción al español de la edición caraqueña de 1833 con el original de la carta que se acaba de encontrar en Ecuador: esperamos hacerlo apenas sea posible.

ANEXO

*"Contestación de un americano meridional
a un caballero de esta isla"⁽⁸⁾*

Muy señor mío:

Me apresuro a contestar la carta de 29 del mes pasado que Vd. me hizo el honor de dirigirme, y yo recibí con la mayor satisfacción.

Sensible como debo, al interés que Vd. ha querido tomar por la suerte de mi patria, afligiéndose con ella por los tormentos que padece, desde su descubrimiento hasta estos últimos períodos, por parte de sus destructores los españoles, no siento menos el comprometimiento en que me ponen las solícitas demandas que Vd. me hace, sobre los objetos más importantes de la política americana. Así, me encuentro en un conflicto, entre el deseo de corresponder a la confianza con que Vd. me favorece, y el impedimento de satisfacerle, tanto por la falta de documentos y de libros, cuanto por los limitados conocimientos que poseo de un país tan inmenso, variado y desconocido como el Nuevo Mundo.

En mi opinión es imposible responder a las preguntas con que Vd. me ha honrado. El mismo barón de Humboldt, con su universalidad de conocimientos teóricos y prácticos, apenas lo haría con exactitud, porque aunque una parte de la estadística y revolución de América es conocida, me atrevo a asegurar que la mayor está cubierta de tinieblas y, por consecuencia, sólo se pueden ofrecer conjeturas más o menos aproximadas, sobre todo en lo relativo a la suerte futura, y a los verdaderos proyectos de los americanos; pues cuantas combinaciones suministra la historia de las naciones, de otras tantas es susceptible la nuestra por sus posiciones físicas, por las vicisitudes de la guerra, y por los cálculos de la política.

Como me conceptúo obligado a prestar atención a la apreciable carta de Vd., no menos que a sus filantrópicas miras, me animo a dirigir estas líneas, en las cuales ciertamente no hallará Vd. las ideas luminosas que desea, mas sí las ingenuas expresiones de mis pensamientos.

"Tres siglos ha —dice Vd.— que empezaron las barbaridades que los españoles cometieron en el grande hemisferio de Colón". Barbaridades que

.....

(8) BOLÍVAR, SIMÓN, "Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla" [Henry Culle], Kingston, 06/09/1815, en *Doctrina del Libertador*, 3ª ed., Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2009, pp. 66/87.

la presente edad ha rechazado como fabulosas, porque parecen superiores a la perversidad humana; y jamás serían creídas por los críticos modernos, si constantes y repetidos documentos no testificasen estas infaustas verdades. El filantrópico obispo de Chiapa, el apóstol de la América, Las Casas, ha dejado a la posteridad una breve relación de ellas, extractada de las sumarias que siguieron en Sevilla a los conquistadores, con el testimonio de cuantas personas respetables había entonces en el Nuevo Mundo, y con los procesos mismos que los tiranos se hicieron entre sí: como consta por los más sublimes historiadores de aquel tiempo. Todos los imparciales han hecho justicia al celo, verdad y virtudes de aquel amigo de la humanidad, que con tanto fervor y firmeza denunció ante su gobierno y contemporáneos los actos más horribles de un frenesí sanguinario.

Con cuánta emoción de gratitud leo el pasaje de la carta de Vd. en que me dice "que espera que los sucesos que siguieron entonces a las armas españolas, acompañen ahora a las de sus contrarios, los muy oprimidos americanos meridionales". Yo tomo esta esperanza por una predicción, si la justicia decide las contiendas de los hombres. El suceso coronará nuestros esfuerzos; porque el destino de América se ha fijado irrevocablemente: el lazo que la unía a España está cortado: la opinión era toda su fuerza; por ella se estrechaban mutuamente las partes de aquella inmensa monarquía; lo que antes las enlazaba ya las divide; más grande es el odio que nos ha inspirado la Península que el mar que nos separa de ella; menos difícil es unir los dos continentes, que reconciliar los espíritus de ambos países. El hábito a la obediencia; un comercio de intereses, de luces, de religión; una recíproca benevolencia; una tierna solicitud por la cuna y la gloria de nuestros padres; en fin, todo lo que formaba nuestra esperanza nos venía de España. De aquí nacía un principio de adhesión que parecía eterno; no obstante que la inconducta de nuestros dominadores relajaba esta simpatía; o, por mejor decir, este apego forzado por el imperio de la dominación. Al presente sucede lo contrario; la muerte, el deshonor, cuanto es nocivo, nos amenaza y tememos: todo lo sufrimos de esa desnaturalizada madrastra. El velo se ha rasgado y hemos visto la luz y se nos quiere volver a las tinieblas: se han roto las cadenas; ya hemos sido libres, y nuestros enemigos pretenden de nuevo esclavizarnos. Por lo tanto, América combate con despecho; y rara vez la desesperación no ha arrastrado tras sí la victoria.

Porque los sucesos hayan sido parciales y alternados, no debemos desconfiar de la fortuna. En unas partes triunfan los independientes, mientras

que los tiranos en lugares diferentes, obtienen sus ventajas, y ¿cuál es el resultado final? ¿No está el Nuevo Mundo entero, conmovido y armado para su defensa? Echemos una ojeada y observaremos una lucha simultánea en la misma extensión de este hemisferio.

El belicoso estado de las provincias del Río de la Plata ha purgado su territorio y conducido sus armas vencedoras al Alto Perú, conmoviendo a Arequipa, e inquietado a los realistas de Lima. Cerca de un millón de habitantes disfruta allí de su libertad.

El reino de Chile, poblado de ochocientas mil almas, está lidiando contra sus enemigos que pretenden dominarlo; pero en vano, porque los que antes pusieron un término a sus conquistas, los indómitos y libres araucanos, son sus vecinos y compatriotas; y su ejemplo sublime es suficiente para probarles, que el pueblo que ama su independencia, por fin la logra.

El virreinato del Perú, cuya población asciende a millón y medio de habitantes, es, sin duda, el más sumiso y al que más sacrificios se le han arrancado para la causa del rey, y bien que sean vanas las relaciones concernientes a aquella porción de América, es indubitable que ni está tranquila, ni es capaz de oponerse al torrente que amenaza a las más de sus provincias.

La Nueva Granada que es, por decirlo así, el corazón de la América, obedece a un gobierno general, exceptuando el reino de Quito que con la mayor dificultad contienen sus enemigos, por ser fuertemente adicto a la causa de su patria; y las provincias de Panamá y Santa Marta que sufren, no sin dolor, la tiranía de sus señores. Dos millones y medio de habitantes están esparcidos en aquel territorio que actualmente defienden contra el ejército español bajo el general Morillo, que es verosímil sucumba delante de la inexpugnable plaza de Cartagena. Mas si la tomare será a costa de grandes pérdidas, y desde luego carecerá de fuerzas bastantes para subyugar a los morigeros y bravos moradores del interior.

En cuanto a la heroica y desdichada Venezuela sus acontecimientos han sido tan rápidos y sus devastaciones tales, que casi la han reducido a una absoluta indigencia a una soledad espantosa; no obstante que era uno de los más bellos países de cuantos hacían el orgullo de América. Sus tiranos gobiernan un desierto, y sólo oprimen a tristes restos que, escapados de la muerte, alimentan una precaria existencia; algunas mujeres, niños y ancianos son los que quedan. Los más de los hombres han perecido por no ser

esclavos, y los que viven, combaten con furor, en los campos y en los pueblos internos hasta expirar o arrojar al mar a los que insaciables de sangre y de crímenes, rivalizan con los primeros monstruos que hicieron desaparecer de la América a su raza primitiva. Cerca de un millón de habitantes se contaba en Venezuela y sin exageración se puede conjeturar que una cuarta parte ha sido sacrificada por la tierra, la espada, el hambre, la peste, las peregrinaciones; excepto el terremoto, todos resultados de la guerra.

En Nueva España había en 1808, según nos refiere el barón de Humboldt, siete millones ochocientas mil almas con inclusión de Guatemala. Desde aquella época, la insurrección que ha agitado a casi todas sus provincias, ha hecho disminuir sensiblemente aquel cómputo que parece exacto; pues más de un millón de hombres han perecido, como lo podrá Vd. ver en la exposición de Mr. Walton que describe con fidelidad los sanguinarios crímenes cometidos en aquel opulento imperio. Allí la lucha se mantiene a fuerza de sacrificios humanos y de todas especies, pues nada ahorran los españoles con tal que logren someter a los que han tenido la desgracia de nacer en este suelo, que parece destinado a empaparse con la sangre de sus hijos. A pesar de todo, los mejicanos serán libres, porque han abrazado el partido de la patria, con la resolución de vengar a sus pasados, o seguirlos al sepulcro. Ya ellos dicen con Raynal: Llegó el tiempo en fin, de pagar a los españoles suplicios con suplicios y de ahogar a esa raza de exterminadores en su sangre o en el mar.

Las islas de Puerto Rico y Cuba, que entre ambas pueden formar una población de setecientas a ochocientas mil almas, son las que más tranquilamente poseen los españoles, porque están fuera del contacto de los independientes. Mas ¿no son americanos estos insulares? ¿No son vejados? ¿No desearán su bienestar?

Este cuadro representa una escala militar de dos mil leguas de longitud y novecientas de latitud en su mayor extensión en que dieciséis millones de americanos defienden sus derechos, o están comprimidos por la nación española que aunque fue en algún tiempo el más vasto imperio del mundo, sus restos son ahora impotentes para dominar el nuevo hemisferio y hasta para mantenerse en el antiguo. ¿Y la Europa civilizada, comerciante y amante de la libertad permite que una vieja serpiente por sólo satisfacer su saña envenenada, devore la más bella parte de nuestro globo? ¡Qué! ¿Está Europa sorda al clamor de su propio interés? ¿No tiene ya ojos para ver la justicia? ¿Tanto se ha endurecido para ser de este

modo insensible? Estas cuestiones cuanto más las medito, más me confunden; llego a pensar que se aspira a que desaparezca la América, pero es imposible porque toda Europa no es España. ¡Qué demencia la de nuestra enemiga, pretender reconquistar América, sin marina, sin tesoros y casi sin soldados! Pues los que tiene, apenas son bastantes para retener a su propio pueblo en una violenta obediencia, y defenderse de sus vecinos. Por otra parte, ¿podrá esta nación hacer el comercio exclusivo de la mitad del mundo sin manufacturas. Sin producciones territoriales, sin artes, sin ciencias, sin política? Lograda que fuese esta loca empresa, y suponiendo más, aun lograda la pacificación, los hijos de los actuales americanos únicos con los de los europeos reconquistadores, ¿no volverían a formar dentro de veinte años los mismos patrióticos designios que ahora se están combatiendo?

Europa haría un bien a España en disuadirla de su obstinada temeridad, porque a lo menos le ahorraría los gastos que expende, y la sangre que derrama; a fin de que fijando su atención en sus propios recintos, fundase su prosperidad y poder sobre bases más sólidas que las de inciertas conquistas, un comercio precario y exacciones violentas en pueblos remotos, enemigos y poderosos. Europa misma por miras de sana política debería haber preparado y ejecutado el proyecto de la independencia americana, no sólo porque el equilibrio del mundo así lo exige, sino porque éste es el medio legítimo y seguro de adquirirse establecimientos ultramarinos de comercio. Europa que no se halla agitada por las violentas pasiones de la venganza, ambición y codicia, como España, parece que estaba autorizada por todas las leyes de la equidad a ilustrarla sobre sus bien entendidos intereses.

Cuantos escritores han tratado la materia se acordaban en esta parte. En consecuencia, nosotros esperábamos con razón que todas las naciones cultas se apresurarían a auxiliarnos, para que adquiriésemos un bien cuyas ventajas son recíprocas a entrambos hemisferios. Sin embargo, ¡cuán frustradas esperanzas! No sólo los europeos, pero hasta nuestros hermanos del Norte se han mantenido inmóviles espectadores de esta contienda, que por su esencia es la más justa, y por sus resultados la más bella e importante de cuantas se han suscitado en los siglos antiguos y modernos, ¿porque hasta dónde se puede calcular la trascendencia de la libertad en el hemisferio de Colón?

"La felonía con que Bonaparte —dice Vd.— prendió a Carlos IV y a Fernando VII, reyes de esta nación, que tres siglos ha, aprisionó con traición a

dos monarcas de la América meridional, es un acto manifiesto de retribución divina y, al mismo tiempo, una prueba de que Dios sostiene la justa causa de los americanos, y les concederá su independencia”.

Parece que Vd. quiere aludir al monarca de Méjico Moctezuma, preso por Cortés y muerto, según Herrera, por el mismo, aunque Solís dice que por el pueblo, y a Atahualpa, inca del Perú, destruido por Francisco Pizarro y Diego Almagro. Existe tal diferencia entre la suerte de los reyes españoles y los reyes americanos, que no admiten comparación; los primeros son tratados con dignidad, conservados, y al fin recobran su libertad y trono; mientras que los últimos sufren tormentos inauditos y los vilipendios más vergonzosos. Si a Guatimozín sucesor de Moctezuma, se le trata como emperador, y le ponen la corona, fue por irrisión y no por respeto, para que experimentase este escarnio antes que las torturas. Iguales a la suerte de este monarca fueron las del rey de Michoacán, Catzontzin; el Zipa de Bogotá, y cuantos Toquis, Imas, Zipas, Ulmenes, Caciques y demás dignidades indianas sucumbieron al poder español. El suceso de Fernando VII es más semejante al que tuvo lugar en Chile en 1535 con el Ulmén de Copiapó, entonces reinante en aquella comarca. El español Almagro pretextó, como Bonaparte, tomar partido por la causa del legítimo soberano y, en consecuencia, llama al usurpador, como Fernando lo era en España; aparenta restituir al legítimo a sus estados y termina por encadenar y echar a las llamas al infeliz Ulmén, sin querer ni aún oír su defensa. Este es el ejemplo de Fernando VII con su usurpador; los reyes europeos sólo padecen destierros, el Ulmén de Chile termina su vida de un modo atroz.

“Después de algunos meses —añade Vd.— he hecho muchas reflexiones sobre la situación de los americanos y sus esperanzas futuras; tomo grande interés en sus sucesos; pero me faltan muchos informes relativos a su estado actual y a lo que ellos aspiran; deseo infinitamente saber la política de cada provincia como también su población; si desean repúblicas o monarquías, si formarán una gran república o una gran monarquía. Toda noticia de esta especie que Vd. pueda darme o indicarme las fuentes a que debo ocurrir, la estimaré como un favor muy particular”.

Siempre las almas generosas se interesan en la suerte de un pueblo que se esmera por recobrar los derechos con que el Creador y la naturaleza le han dotado; y es necesario estar bien fascinado por el error o por las pasiones para no abrigar esta noble sensación; Vd. ha pensado en mi país, y se interesa por él, este acto de benevolencia me inspira el más vivo reconocimiento.

He dicho la población que se calcula por datos más o menos exactos, que mil circunstancias hacen fallidos, sin que sea fácil remediar esta inexactitud, porque los más de los moradores tienen habitaciones campestres, y muchas veces errantes; siendo labradores, pastores, nómadas, perdidos en medio de espesos e inmensos bosques, llanuras solitarias, y aislados entre lagos y ríos caudalosos. ¿Quién será capaz de formar una estadística completa de semejantes comarcas? Además, los tributos que pagan los indígenas; las penalidades de los esclavos; las primicias, diezmos y derechos que pesan sobre los labradores, y otros accidentes alejan de sus hogares a los pobres americanos. Esto sin hacer mención de la guerra de exterminio que ya ha segado cerca de un octavo de la población, y ha ahuyentado una gran parte; pues entonces las dificultades son insuperables y el empadronamiento vendrá a reducirse a la mitad del verdadero censo.

Todavía es más difícil presentir la suerte futura del Nuevo Mundo, establecer principios sobre su política, y casi profetizar la naturaleza del gobierno que llegará a adoptar. Toda idea relativa al porvenir de este país me parece aventurada. ¿Se puede prever cuando el género humano se hallaba en su infancia rodeado de tanta incertidumbre, ignorancia y error, cuál sería el régimen que abrazaría para su conservación? ¿Quién se habría atrevido a decir tal nación será república o monarquía, ésta será pequeña, aquélla grande? En mi concepto, esta es la imagen de nuestra situación. Nosotros somos un pequeño género humano; poseemos un mundo aparte, cercado por dilatados mares; nuevos en casi todas las artes y ciencias, aunque en cierto modo viejos en los usos de la sociedad civil. Yo considero el estado actual de América, como cuando desplomado el imperio romano cada desmembración formó un sistema político, conforme a sus intereses y situación, o siguiendo la ambición particular de algunos jefes, familias o corporaciones, con esta notable diferencia, que aquellos miembros dispersos volvían a restablecer sus antiguas naciones con las alteraciones que exigían las cosas o los sucesos; mas nosotros, que apenas conservamos vestigios de lo que en otro tiempo fue, y que por otra parte no somos indios, ni europeos, sino una especie media entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles; en suma, siendo nosotros americanos por nacimiento, y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar a éstos a los del país, y que mantenernos en él contra la invasión de los invasores; así nos hallemos en el caso más extraordinario y complicado. No obstante que es una especie de adivinación indicar cuál será el resultado de la línea de política que América siga, me atrevo aventurar algunas con-

jeturas que, desde luego, caracterizo de arbitrarias, dictadas por un deseo racional, y no por un raciocinio probable.

La posición de los moradores del hemisferio americano, ha sido por siglos puramente pasiva; su existencia política era nula. Nosotros estábamos en un grado todavía más abajo de la servidumbre y, por lo mismo, con más dificultad para elevarnos al goce de la libertad. Permítame Vd. estas consideraciones para elevar la cuestión. Los Estados son esclavos por la naturaleza de su constitución o por el abuso de ella; luego un pueblo es esclavo, cuando el gobierno por su esencia o por sus vicios, holla y usurpa los derechos del ciudadano o súbdito. Aplicando estos principios, hallaremos que América no solamente estaba privada de su libertad, sino también de la tiranía activa y dominante. Me explicaré. En las administraciones absolutas no se reconocen límites en el ejercicio de las facultades gubernativas: la voluntad del gran sultán, Kan, Bey y demás soberanos despóticos, es la ley suprema, y ésta, es casi arbitrariamente ejecutada por los bajáes, kanes y sátrapas subalternos de Turquía y Persia, que tienen organizada una opresión de que participan los súbditos en razón de la autoridad que se les confía. A ellos está encargada la administración civil, militar, política, de rentas, y la religión. Pero al fin son persas los jefes de Ispahán, son turcos los visires del gran señor, son tártaros los sultanes de la Tartaria. China no envía a buscar mandarines, militares y letrados al país de Gengis Kan que la conquistó, a pesar de que los actuales chinos son descendientes directos de los subyugados por los ascendientes de los presentes tártaros.

¡Cuán diferente entre nosotros! Se nos vejaba con una conducta que, además de privarnos de los derechos que nos correspondían, nos dejaba en una especie de infancia permanente, con respecto a las transacciones públicas. Si hubiésemos siquiera manejado nuestros asuntos domésticos en nuestra administración interior, conoceríamos el curso de los negocios públicos y su mecanismo, moraríamos también de la consideración personal que impone a los ojos del pueblo cierto respeto maquinal que es tan necesario conservar en las revoluciones. He aquí por qué he dicho que estábamos privados hasta de la tiranía activa, pues que no nos está permitido ejercer sus funciones.

Los americanos en el sistema español que está en vigor, y quizá con mayor fuerza que nunca, no ocupan otro lugar en la sociedad que el de siervos propios para el trabajo y, cuando más, el de simples consumidores; y aun esta parte coartada con restricciones chocantes; tales son las prohibiciones del

cultivo de frutos de Europa, el estanco de las producciones que el rey monopoliza, el impedimento de las fábricas que la misma Península no posee, los privilegios exclusivos del comercio hasta de los objetos de primera necesidad; las trabas entre provincias y provincias americanas para que no se traten, entiendan, ni negocien; en fin, ¿quiere Vd. saber cuál era nuestro destino? Los campos para cultivar el añil, la grana, el café, la caña, el cacao y el algodón; las llanuras solitarias para criar ganados, los desiertos para cazar las bestias feroces, las entrañas de la tierra para excavar el oro que no puede saciar a esa nación avarienta.

Tan negativo era nuestro estado que no encuentro semejante en ninguna otra asociación civilizada, por más que recorro la serie de las edades y la política de todas las naciones. Pretender que un país tan felizmente constituido, extenso, rico y populoso sea meramente pasivo, ¿no es un ultraje y una violación de los derechos de la humanidad?

Estábamos, como acabo de exponer, abstraídos y, digámoslo así, ausentes del universo en cuanto es relativo a la ciencia del gobierno y administración del Estado. Jamás éramos virreyes ni gobernadores sino por causas muy extraordinarias; arzobispos y obispos pocas veces; diplomáticos nunca; militares sólo en calidad de subalternos; nobles, sin privilegios reales; no éramos, en fin, ni magistrados ni financistas, y casi ni aun comerciantes; todo en contravención directa de nuestras instituciones.

El emperador Carlos V formó un pacto con los descubridores, conquistadores y pobladores de América que, como dice Guerra, es nuestro contrato social. Los reyes de España convinieron solemnemente con ellos que lo ejecutasen por su cuenta y riesgo, prohibiéndoles hacerlo a costa de la real hacienda, y por esta razón se les concedía que fuesen señores de la tierra, que organizaran la administración y ejerciesen la judicatura en apelación; con otras muchas exenciones y privilegios que sería prolijo detallar. El rey se comprometió a no enajenar jamás las provincias americanas, como que a él no tocaba otra jurisdicción que la del alto dominio, siendo una especie de propiedad feudal la que allí tenían los conquistadores para sí y sus descendientes. Al mismo tiempo existen leyes expresas que favorecen casi exclusivamente a los naturales del país, originarios de España, en cuanto a los empleos civiles, eclesiásticos y de rentas. Por manera que con una violación manifiesta de las leyes y de los pactos subsistentes, se han visto despojar aquellos naturales de la autoridad constitucional que les daba su código.

De cuanto he referido, será fácil colegir que América no estaba preparada, para desprenderse de la metrópoli, como súbitamente sucedió por el efecto de las ilegítimas cesiones de Bayona, y por la inicua guerra que la regencia nos declaró sin derecho alguno para ello no sólo por la falta de justicia, sino también de legitimidad. Sobre la naturaleza de los gobiernos españoles, sus decretos conminatorios y hostiles, y el curso entero de su desesperada conducta, hay escritos del mayor mérito en el periódico *El Español*, cuyo autor es el señor Blanco; y estando allí esta parte de nuestra historia muy bien tratada, me limito a indicarlo.

Los americanos han subido de repente y sin los conocimientos previos y, lo que es más sensible, sin la práctica de los negocios públicos a representar en la escena del mundo las eminentes dignidades de legisladores, magistrados, administradores del erario, diplomáticos, generales, y cuantas autoridades supremas y subalternas forman la jerarquía de un Estado organizado con regularidad.

Cuando las águilas francesas sólo respetaron los muros de la ciudad de Cádiz, y con su vuelo arrollaron a los frágiles gobiernos de la Península, entonces quedamos en la orfandad. Ya antes habíamos sido entregados a la merced de un usurpador extranjero. Después, lisonjeados con la justicia que se nos debía, con esperanzas halagüeñas siempre burladas; por último, inciertos sobre nuestro destino futuro, y amenazados por la anarquía, a causa de la falta de un gobierno legítimo, justo y liberal, nos precipitamos en el caos de la revolución. En el primer momento sólo se cuidó de proveer a la seguridad interior, contra los enemigos que encerraba nuestro seno. Luego se extendió a la seguridad exterior; se establecieron autoridades que sustituimos a las que acabábamos de deponer encargadas de dirigir el curso de nuestra revolución y de aprovechar la coyuntura feliz en que nos fuese posible fundar un gobierno constitucional digno del presente siglo y adecuado a nuestra situación.

Todos los nuevos gobiernos marcaron sus primeros pasos con el establecimiento de juntas populares. Estas formaron en seguida reglamentos para la convocación de congresos que produjeron alteraciones importantes. Venezuela erigió un gobierno democrático y federal, declarando previamente los derechos del hombre, manteniendo el equilibrio de los poderes y estatuyendo leyes generales en favor de la libertad civil, de imprenta y otras; finalmente, se constituyó un gobierno independiente. La Nueva Granada siguió con uniformidad los establecimientos políticos y cuantas reformas hizo

Venezuela, poniendo por base fundamental de su Constitución el sistema federal más exagerado que jamás existió; recientemente se ha mejorado con respecto al poder ejecutivo general, que ha obtenido cuantas atribuciones le corresponden. Según entiendo, Buenos Aires y Chile han seguido esta misma línea de operaciones; pero como nos hallamos a tanta distancia, los documentos son tan raros, y las noticias tan inexactas, no me animaré ni aun a bosquejar el cuadro de sus transacciones.

Los sucesos de México han sido demasiado varios, complicados, rápidos y desgraciados para que se puedan seguir en el curso de la revolución. Carecemos, además, de documentos bastante instructivos, que nos hagan capaces de juzgarlos. Los independientes de México, por lo que sabemos, dieron principio a su insurrección en septiembre de 1810, y un año después, ya tenían centralizado su gobierno en Zitácuaro, instalado allí una junta nacional bajo los auspicios de Fernando VII, en cuyo nombre se ejercían las funciones gubernativas. Por los acontecimientos de la guerra, esta junta se trasladó a diferentes lugares, y es verosímil que se haya conservado hasta estos últimos momentos, con las modificaciones que los sucesos hayan exigido. Se dice que ha creado un generalísimo o dictador que lo es el ilustre general Morelos; otros hablan del célebre general Rayón; lo cierto es que uno de estos dos grandes hombres o ambos separadamente ejercen la autoridad suprema en aquel país; y recientemente ha aparecido una constitución para el régimen del Estado. En marzo de 1812 el gobierno residente en Zultepec, presentó un plan de paz y guerra al virrey de México concebido con la más profunda sabiduría. En él se reclamó el derecho de gentes estableciendo principios de una exactitud incontestable. Propuso la junta que la guerra se hiciese como entre hermanos y conciudadanos; pues que no debía ser más cruel que entre naciones extranjeras; que los derechos de gentes y de guerra, inviolables para los mismos infieles y bárbaros, debían serlo más para cristianos, sujetos a un soberano y a unas mismas leyes; que los prisioneros no fuesen tratados como reos de lesa majestad, ni se degollasen los que rendían las armas, sino que se mantuviesen en rehenes para canjearlos; que no se entrase a sangre y fuego en las poblaciones pacíficas, no las diezmasen ni quitasen para sacrificarlas y, concluye, que en caso de no admitirse este plan, se observarían rigurosamente las represalias. Esta negociación se trató con el más alto desprecio; no se dio respuesta a la junta nacional; las comunicaciones originales se quemaron públicamente en la plaza de México, por mano del verdugo; y la guerra de exterminio continuó por parte de

los españoles con su furor acostumbrado, mientras que los mexicanos y las otras naciones americanas no la hacían, ni aun a muerte con los prisioneros de guerra que fuesen españoles. Aquí se observa que por causas de conveniencia se conservó la apariencia de sumisión al rey y aun a la constitución de la monarquía. Parece que la junta nacional es absoluta en el ejercicio de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, y el número de sus miembros muy limitado.

Los acontecimientos de la tierra firme nos han probado que las instituciones perfectamente representativas no son adecuadas a nuestro carácter, costumbres y luces actuales. En Caracas el espíritu de partido tomó su origen en las sociedades, asambleas y elecciones populares; y estos partidos nos tornaron a la esclavitud. Y así como Venezuela ha sido la república americana que más se ha adelantado en sus instituciones políticas, también ha sido el más claro ejemplo de la ineficacia de la forma demócrata y federal para nuestros nacientes Estados. En Nueva Granada las excesivas facultades de los gobiernos provinciales y la falta de centralización en el general han conducido aquel precioso país al estado a que se ve reducido en el día. Por esta razón sus débiles enemigos se han conservado contra todas las probabilidades. En tanto que nuestros compatriotas no adquieran los talentos y las virtudes políticas que distinguen a nuestros hermanos del Norte, los sistemas enteramente populares, lejos de sernos favorables, temo mucho que vengan a ser nuestra ruina. Desgraciadamente, estas cualidades parecen estar muy distantes de nosotros en el grado que se requiere; y por el contrario, estamos dominados de los vicios que se contraen bajo la dirección de una nación como la española que sólo ha sobresalido en fiereza, ambición, venganza y codicia.

Es más difícil, dice Montesquieu, sacar un pueblo de la servidumbre, que subyugar uno libre. Esta verdad está comprobada por los anales de todos los tiempos, que nos muestran las más de las naciones libres, sometidas al yugo, y muy pocas de las esclavas recobrar su libertad. A pesar de este convencimiento, los meridionales de este continente han manifestado el conato de conseguir instituciones liberales, y aun perfectas; sin duda, por efecto del instinto que tienen todos los hombres de aspirar a su mejor felicidad posible; la que se alcanza infaliblemente en las sociedades civiles, cuando ellas están fundadas sobre las bases de la justicia, de la libertad y de la igualdad. Pero ¿seremos nosotros capaces de mantener en su verdadero equilibrio la difícil carga de una República? ¿Se puede concebir que un pueblo recientemente desencadenado, se lance a la esfera de la libertad,

sin que, como a Ícaro, se le deshagan las alas, y recaiga en el abismo? Tal prodigio es inconcebible, nunca visto. Por consiguiente, no hay un raciocinio verosímil, que nos halague con esta esperanza.

Yo deseo más que otro alguno ver formar en América la más grande nación del mundo, menos por su extensión y riquezas que por su libertad y gloria. Aunque aspiro a la perfección del gobierno de mi patria, no puedo persuadirme que el Nuevo Mundo sea por el momento regido por una gran república; como es imposible, no me atrevo a desearlo; y menos deseo aún una monarquía universal de América, porque este proyecto sin ser útil, es también imposible. Los abusos que actualmente existen no se reformarían, y nuestra regeneración sería infructuosa. Los Estados americanos han menester de los cuidados de gobiernos paternales que curen las llagas y las heridas del despotismo y la guerra. La metrópoli, por ejemplo, sería México, que es la única que puede serlo por su poder intrínseco, sin el cual no hay metrópoli. Supongamos que fuese el istmo de Panamá punto céntrico para todos los extremos de este vasto continente, ¿no continuarían éstos en la languidez, y aún en el desorden actual? Para que un solo gobierno dé vida, anime, ponga en acción todos los resortes de la prosperidad pública, corrija, ilustre y perfeccione al Nuevo Mundo sería necesario que tuviese las facultades de un Dios y, cuando menos, las luces y virtudes de todos los hombres.

El espíritu de partido que al presente agita a nuestros Estados, se encendería entonces con mayor encono, hallándose ausente la fuente del poder, que únicamente puede reprimirlo. Además, los magnates de las capitales no sufrirían la preponderancia de los metropolitanos, a quienes considerarían como a otros tantos tiranos; sus celos llegarían hasta el punto de comparar a éstos con los odiosos españoles. En fin, una monarquía semejante sería un coloso deforme, que su propio peso desplomaría a la menor convulsión.

Mr. de Pradt ha dividido sabiamente a la América en quince o diecisiete Estados independientes entre sí, gobernados por otros tantos monarcas. Estoy de acuerdo en cuanto a lo primero, pues la América comporta la creación de diecisiete naciones; en cuanto a lo segundo, aunque es más fácil conseguirla, es menos útil; y así no soy de la opinión de las monarquías americanas. He aquí mis razones. El interés bien entendido de una república se circunscribe en la esfera de su conservación, prosperidad y gloria. No ejerciendo la libertad imperio, porque es precisa-

mente su opuesto, ningún estímulo excita a los republicanos a extender los términos de su nación, en detrimento de sus propios medios, con el único objeto de hacer participar a sus vecinos de una Constitución liberal. Ningún derecho adquieren, ninguna ventaja sacan vencidos, a menos que los reduzcan a colonias, conquistas o aliados, siguiendo el ejemplo de Roma. Máximas y ejemplos tales están en oposición directa con los principios de justicia de los sistemas republicanos, y aún diré más, en oposición manifiesta con los intereses de sus ciudadanos; porque un Estado demasiado extenso en sí mismo o por sus dependencias, al cabo viene en decadencia, y convierte su forma libre en otra tiránica; relaja los principios que deben conservarla, y ocurre por último al despotismo. El distintivo de las pequeñas repúblicas es la permanencia; el de las grandes es vario, pero siempre se inclina al imperio. Casi todas las primeras han tenido una larga duración; de las segundas sólo Roma se mantuvo algunos siglos, pero fue porque era república la capital y no lo era el resto de sus dominios que se gobernaban por leyes e instituciones diferentes.

Muy contraria es la política de un rey, cuya inclinación constante se dirige al aumento de sus posesiones, riquezas y facultades; con razón, porque su autoridad crece con estas adquisiciones, tanto con respecto a sus vecinos, como a sus propios vasallos que temen en él un poder tan formidable cuanto es su imperio que se conserva por medio de la guerra y de las conquistas. Por estas razones pienso que los americanos ansiosos de paz, ciencias, artes, comercio y agricultura, preferirían las repúblicas a los reinos, y me parece que estos deseos se conforman con las miras de Europa.

No convengo en el sistema federal entre los populares y representativos, por ser demasiado perfecto y exigir virtudes y talentos políticos muy superiores a los nuestros; por igual razón rehúso la monarquía mixta de aristocracia y democracia que tanta fortuna y esplendor ha procurado a Inglaterra. No siéndonos posible lograr entre las repúblicas y monarquías lo más perfecto y acabado, evitemos caer en anarquías demagógicas, o en tiranías monócratas. Busquemos un medio entre extremos opuestos que nos conducirán a los mismos escollos, a la infelicidad y al deshonor. Voy a arriesgar el resultado de mis cavilaciones sobre la suerte futura de América; no la mejor, sino la que sea más asequible.

Por la naturaleza de las localidades, riquezas, población y carácter de los mexicanos, imagino que intentarán al principio establecer una república

representativa, en la cual tenga grandes atribuciones el poder Ejecutivo, concentrándolo en un individuo que, si desempeña sus funciones con acierto y justicia, casi naturalmente vendrá a conservar una autoridad vitalicia. Si su incapacidad o violenta administración excita una conmoción popular que triunfe, ese mismo poder ejecutivo quizás se difundirá en una asamblea. Si el partido preponderante es militar o aristocrático, exigirá probablemente una monarquía que al principio será limitada y constitucional, y después inevitablemente declinará en absoluta; pues debemos convenir en que nada hay más difícil en el orden político que la conservación de una monarquía mixta; y también es preciso convenir en que sólo un pueblo tan patriota como el inglés es capaz de contener la autoridad de un rey, y de sostener el espíritu de libertad bajo un cetro y una corona.

Los Estados del istmo de Panamá hasta Guatemala formarán quizás una asociación. Esta magnífica posición entre los dos grandes mares, podrá ser con el tiempo el emporio del universo. Sus canales acortarán las distancias del mundo: estrecharán los lazos comerciales de Europa, América y Asia; traerán a tan feliz región los tributos de las cuatro partes del globo. ¡Acaso sólo allí podrá fijarse algún día la capital de la tierra! Como pretendió Constantino que fuese Bizancio la del antiguo hemisferio.

Nueva Granada se unirá con Venezuela, si llegan a convenirse en formar una república central, cuya capital sea Maracaibo o una nueva ciudad que con el nombre de Las Casas (en honor de este héroe de la filantropía), se funde entre los confines de ambos países, en el soberbio puerto de Bahía Honda. Esta posición aunque desconocida, es más ventajosa por todos respectos. Su acceso es fácil y su situación tan fuerte, que puede hacerse inexpugnable. Posee un clima puro y saludable, un territorio tan propio para la agricultura como para la cría de ganados, y una gran de abundancia de maderas de construcción. Los salvajes que la habitan serían civilizados, y nuestras posesiones se aumentarían con la adquisición de la Guajira. Esta nación se llamaría Colombia como tributo de justicia y gratitud al creador de nuestro hemisferio. Su gobierno podrá imitar al inglés; con la diferencia de que en lugar de un rey habrá un poder ejecutivo, electivo, cuando más vitalicio, y jamás hereditario si se quiere república, una cámara o senado legislativo hereditario, que en las tempestades políticas se interponga entre las olas populares y los rayos del gobierno, y un cuerpo legislativo de libre elección, sin otras restricciones que las de la Cámara Baja de Inglaterra. Esta constitución participaría de todas las formas y yo

deseo que no participe de todos los vicios. Como esta es mi patria, tengo un derecho incontestable para desearle lo que en mi opinión es mejor. Es muy posible que la Nueva Granada no convenga en el reconocimiento de un gobierno central, porque es en extremo adicta a la federación; y entonces formará por sí sola un Estado que, si subsiste, podrá ser muy dichoso por sus grandes recursos de todos géneros.

Poco sabemos de las opiniones que prevalecen en Buenos Aires, Chile y el Perú; juzgando por lo que se trasluce y por las apariencias, en Buenos Aires habrá un gobierno central en que los militares se lleven la primacía por consecuencia de sus divisiones intestinas y guerras externas. Esta constitución degenerará necesariamente en una oligarquía, o una monocracia, con más o menos restricciones, y cuya denominación nadie puede adivinar. Sería doloroso que tal caso sucediese, porque aquellos habitantes son acreedores a la más espléndida gloria.

El reino de Chile está llamado por la naturaleza de su situación, por las costumbres inocentes y virtuosas de sus moradores, por el ejemplo de sus vecinos, los fieros republicanos del Arauco, a gozar de las bendiciones que derraman las justas y dulces leyes de una república. Si alguna permanece largo tiempo en América, me inclino a pensar que será la chilena. Jamás se ha extinguido allí el espíritu de libertad; los vicios de Europa y Asia llegarán tarde o nunca a corromper las costumbres de aquel extremo del universo. Su territorio es limitado; estará siempre fuera del contacto inficionado del resto de los hombres; no alterará sus leyes, usos y prácticas; preservará su uniformidad en opiniones políticas y religiosas; en una palabra, Chile puede ser libre.

El Perú, por el contrario, encierra dos elementos enemigos de todo régimen justo y liberal; oro y esclavos. El primero lo corrompe todo; el segundo está corrompido por sí mismo. El alma de un siervo rara vez alcanza a apreciar la sana libertad; se enfurece en los tumultos, o se humilla en las cadenas. Aunque estas reglas serían aplicables a toda la América, creo que con más justicia las merece Lima por los conceptos que he expuesto, y por la cooperación que ha prestado a sus señores contra sus propios hermanos los ilustres hijos de Quito, Chile y Buenos Aires. Es constante que el que aspira a obtener la libertad, a lo menos lo intenta. Supongo que en Lima no tolerarán los ricos la democracia, ni los esclavos y pardos libertos la aristocracia; los primeros preferirán la tiranía de uno solo, por no padecer las persecuciones tumultuarias, y por establecer un orden siquiera pacífico. Mucho hará si concibe recobrar su independencia.

De todo lo expuesto, podemos deducir estas consecuencias: las provincias americanas se hallan lidiando por emanciparse, al fin obtendrán el suceso; algunas se constituirán de un modo regular en repúblicas federales y centrales; se fundarán monarquías casi inevitablemente en las grandes secciones, y algunas serán tan infelices que devorarán sus elementos, ya en la actual, ya en las futuras revoluciones, que una gran monarquía no será fácil consolidar; una gran república imposible.

Es una idea grandiosa pretender formar de todo el mundo nuevo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión debería, por consiguiente, tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse; mas no es posible porque climas remotos, situaciones diversas, intereses opuestos, caracteres semejantes dividen a la América. ¡Qué bello sería que el istmo de Panamá fuese para nosotros lo que el de Corinto para los griegos! Ojalá que algún día tengamos la fortuna de instalar allí un augusto Congreso de los representantes de las repúblicas, reinos e imperios a tratar y discutir sobre los altos intereses de la paz y de la guerra, con las naciones de las otras tres partes del mundo. Esta especie de corporación podrá tener lugar en alguna época dichosa de nuestra regeneración, otra esperanza es infundada, semejante a la del abate St. Pierre que concibió el laudable delirio de reunir un Congreso europeo, para decidir de la suerte de los intereses de aquellas naciones.

"Mutaciones importantes y felices, continuas pueden ser frecuentemente producidas por efectos individuales". Los americanos meridionales tienen una tradición que dice: que cuando Quetzalcoatl, el Hermes, o Buda de la América del Sur resignó su administración y los abandonó, les prometió que volvería después que los siglos designados hubiesen pasado, y que él restablecería su gobierno, y renovarían su felicidad. ¿Esta tradición, no opera y excita una convicción de que muy pronto debe volver? ¡Concibe Vd. cuál será el efecto que producirá, si un individuo apareciendo entre ellos demostrase los caracteres de Quetzalcoatl, el Buda de bosque, o Mercurio, del cual han hablado tanto las otras naciones? ¿No cree Vd. que esto inclinaría todas las partes? ¿No es la unión todo lo que se necesita para ponerlos en estado de expulsar a los españoles, sus tropas, y los partidarios de la corrompida España, para hacerlos capaces de establecer un imperio poderoso, con un gobierno libre y leyes benévolas?

Pienso como Vd. que causas individuales pueden producir resultados generales, sobre todo en las revoluciones. Pero no es el héroe, gran profeta, o dios del Anáhuac, Quetzalcoatl, el que es capaz de operar los prodigiosos beneficios que Vd. propone. Este personaje es apenas conocido del pueblo mexicano y no ventajosamente; porque tal es la suerte de los vencidos aunque sean dioses. Sólo los historiadores y literatos se han ocupado cuidadosamente en investigar su origen, verdadera o falsa misión, sus profecías y el término de su carrera. Se disputa si fue un apóstol de Cristo o bien pagano. Unos suponen que su nombre quiere decir Santo Tomás; otros que Culebra Emplumajada; y otros dicen que es el famoso profeta de Yucatán, Chilan-Cambal. En una palabra, los más de los autores mexicanos, polémicos e historiadores profanos, han tratado con más o menos extensión la cuestión sobre el verdadero carácter de Quetzalcoatl. El hecho es, según dice Acosta, que él establece una religión, cuyos ritos, dogmas y misterios tenían una admirable afinidad con la de Jesús, y que quizás es la más semejante a ella. No obstante esto, muchos escritores católicos han procurado alejar la idea de que este profeta fuese verdadero, sin querer reconocer en él a un Santo Tomás como lo afirman otros célebres autores. La opinión general es que Quetzalcoatl es un legislador divino entre los pueblos paganos de Anáhuac, del cual era lugarteniente el gran Moctezuma, derivando de él su autoridad. De aquí que se infiere que nuestros mexicanos no seguirían al gentil Quetzalcoatl, aunque apareciese bajo las formas más idénticas y favorables, pues que profesan una religión la más intolerante y exclusiva de las otras.

Felizmente los directores de la independencia de México se han aprovechado del fanatismo con el mejor acierto proclamando a la famosa Virgen de Guadalupe por reina de los patriotas, invocándola en todos los casos arduos y llevándola en sus banderas. Con esto, el entusiasmo político ha formado una mezcla con la religión que ha producido un fervor vehemente por la sagrada causa de la libertad. La veneración de esta imagen en México es superior a la más exaltada que pudiera inspirar el más diestro profeta.

Seguramente la unión es la que nos falta para completar la obra de nuestra regeneración. Sin embargo, nuestra división no es extraña, porque tal es el distintivo de las guerras civiles formadas generalmente entre dos partidos: conservadores y reformadores. Los primeros son, por lo común, más numerosos, porque el imperio de la costumbre produce el efecto de la obediencia a las potestades establecidas; los últimos son siempre menos numerosos aunque más vehementes e ilustrados. De este modo la

masa física se equilibra con la fuerza moral, y la contienda se prolonga, siendo sus resultados muy inciertos. Por fortuna entre nosotros, la masa ha seguido a la inteligencia.

Yo diré a Vd. lo que puede ponernos en aptitud de expulsar a los españoles, y de fundar un gobierno libre. Es la unión, ciertamente; mas esta unión no nos vendrá por prodigios divinos, sino por efectos sensibles y esfuerzos bien dirigidos. América está encontrada entre sí, porque se halla abandonada de todas las naciones, aislada en medio del universo, sin relaciones diplomáticas ni auxilios militares y combatida por España que posee más elementos para la guerra, que cuantos furtivamente podemos adquirir.

Cuando los sucesos no están asegurados, cuando el Estado es débil, y cuando las empresas son remotas, todos los hombres vacilan; las opiniones se dividen, las pasiones las agitan y los enemigos las animan para triunfar por este fácil medio. Luego que seamos fuertes, bajo los auspicios de una nación liberal que nos preste su protección, se nos verá de acuerdo cultivar las virtudes y los talentos que conducen a la gloria; entonces seguiremos la marcha majestuosa hacia las grandes prosperidades a que está destinada la América meridional; entonces las ciencias y las artes que nacieron en el Oriente y han ilustrado a Europa, volarán a Colombia libre que las convidará con un asilo.

Tales son, señor, las observaciones y pensamientos que tengo el honor de someter a Vd. para que los rectifique o deseche según su mérito; suplicándole se persuada que me he atrevido a exponerlos, más por no ser descortés, que porque me crea capaz de ilustrar a Vd. en la materia.

Soy de Vd., etc., etc.

Bolívar



Francesco Mario Pagano, jurista de la Ilustración napolitana, y el reformismo penal

MARÍA PAZ CANTONI⁽¹⁾ y HERNÁN EZEQUIEL PAGANO⁽²⁾



1. Introducción

En el presente trabajo se intentan esbozar algunos aspectos del pensamiento del jurista, filósofo y político Francesco Mario Pagano, así como de dos de sus principales obras, *Consideraciones al Proceso Criminal*⁽³⁾ y *Principios del Código Penal*,⁽⁴⁾ en el marco de las cuales efectuó importantísimas contribuciones al derecho procesal penal y a la teoría de la pena. Pagano ha sido uno de los mayores referentes de la ilustración napolitana, quien, junto a Gaetano Filangieri y Antonio Genovesi, influyó en el reformismo español de Carlos III y en el de la América hispana, incluyendo a la Argentina, a través de las enseñanzas de Victorán de Villaba, uno de los autores que

(1) Abogada (UBA), especializada en Derecho Penal. Prosecretaria de la Unidad de Asistencia para causas por violaciones a los Derechos Humanos durante el terrorismo de Estado.

(2) Abogado (UBA), especializado en Derecho Penal. Jefe de despacho en la Defensoría ante la Cámara Federal de Casación Penal.

(3) Escrita en el año 1787 en la ciudad de Nápoles, recién fue publicada en el año 1801.

(4) Escrita en 1785/86, durante sus primeros años de enseñanza en la Universidad de Nápoles. Fue publicada —póstumamente— en 1803, en Milán.

mayor preponderancia tuvo sobre Mariano Moreno en sus años de estudio en la Real Academia Carolina y en la Universidad de Chuquisaca.⁽⁵⁾

Para la elaboración de las ideas plasmadas en sus obras, Pagano partió del análisis de los inconvenientes relativos al derecho penal y al proceso criminal que le eran contemporáneos, tanto desde el punto de vista histórico, como desde el social, incluyendo luego propuestas concretas que tendían a la profunda modificación del derecho de fondo y del sistema de enjuiciamiento vigente.

Respecto al derecho penal, Pagano estableció una estrecha relación del delito con la pena, por cuanto la pena se definía de acuerdo a la medida del delito. Para ello, debían analizarse los elementos subjetivos —dolo, culpa y sus diferentes grados—, el avance del delito en el *iter crimis* —consumación o tentativa— y el nivel de participación criminal. También desarrolló importantes consideraciones en relación a la imputabilidad, prescripción e instituciones de clemencia.

El autor consideraba al derecho de fondo como tan solo una parte de lo que constituía el derecho criminal, dado que este debía también abarcar las pruebas válidas que debían ser colectadas durante el proceso y el modo en que este último debía desarrollarse:

El derecho criminal tiene tres objetivos y, en consecuencia, tres son sus partes: la primera está constituida por las leyes penales que enuncian los delitos y la penas correspondientes; las segundas son las que establecen las pruebas para demostrar los delitos; y finalmente la que prescriben el orden de los juicios criminales, es decir el proceso.⁽⁶⁾

Asimismo, Pagano entendía que el proceso penal cumplía un rol fundamental: resultaba un indicador del estado de civilización de un pueblo, toda vez que, mediante el proceso penal, podían o no tutelarse la libertad y la seguridad de los ciudadanos.⁽⁷⁾

.....

(5) DE GORI, ESTEBAN, *La República Patriota. Travesías de los imaginarios y de los lenguajes políticos en el pensamiento de Mariano Moreno*, Bs. As., Eudeba, 2012, especialmente el capítulo II.

(6) PAGANO, FRANCESCO M., *Principios del Código Penal*, Bs. As., Hammurabi, 2002, p. 39.

(7) MOCCIA, SERGIO, "Introducción", en F. Pagano, *Principios...*, op. cit., p. 20.

Se puede establecer el principio constante de que cuanto más grande sea el arbitrio del juez menos asegurada está la libertad civil (...). Feliz y afortunado aquel pueblo donde infinito sea el poder de las leyes y muy limitado el del juez.⁽⁸⁾

La transcendencia de las obras de Pagano radica en que fueron concebidas como claros y fuertes instrumentos de lucha política, teniendo en cuenta que las ideas allí postuladas se colocaban en abierta polémica con la realidad de la época.

2. El contexto histórico de la obra de Pagano

Para entender la lucha política de Pagano (1748-1799) y el origen de sus ideales revolucionarios, necesariamente debemos hacer referencia a los hechos históricos ocurridos en la ciudad de Nápoles del siglo XVIII, época en la que aquel tuvo gran participación como activista y donde redactó sus grandes obras.

El 10/05/1734, mientras se desarrollaba la Guerra de Sucesión Polaca, Carlos III de Borbón —quien luego fuera rey de España— ingresó triunfante a la ciudad de Nápoles y asumió su reinado como Carlos VII. Un año más tarde, se coronaría también como Carlos V, rey de Sicilia. De esta manera, conquistaba todo el sur de Italia, que hasta ese momento había estado en poder de Carlos VI, del Sacro Imperio Romano Germánico.

En el año 1738, el Tratado de Viena puso fin al conflicto armado y el reino de Nápoles consiguió la autonomía de España. De ese modo, Italia disfrutó de medio siglo de paz, lo que contribuyó a su recuperación económica. Asimismo, con motivo de la apertura de la península al espíritu ilustrado de la cultura francesa y británica, floreció la cultura italiana principalmente en los campos de la ciencia y de la filosofía.

En este contexto, se produjo una grave escisión espiritual entre los ilustrados y la masa popular. El ilustrado más importante fue César Beccaria (1738-1794), quien, conmovido por la filosofía francesa, tomó de ella las ideas de tolerancia, humanitarismo y derecho natural. Su obra *De los delitos y las penas* tuvo una resonancia de tal magnitud que logró que en Prusia y Austria se pusiera fin a los tormentos en los interrogatorios.

En 1759, luego de permanecer varios años en el poder, Carlos III se convirtió en el rey de España, por lo que su hijo Fernando IV, de solamente ocho

(8) PAGANO, FRANCESCO M., *Consideraciones al proceso criminal*, Milán, Tosi y Nobile, 1801, p. 12.

años de edad, asumió el trono del Reino de Nápoles. Por tal motivo, los principales regentes del reino fueron Doménico Cattaneo, príncipe de San Nicandro, y el Marqués Bernardo Tanucci.

A los quince años, el joven rey de Nápoles se casó con María Carolina de Austria, hija de la Emperatriz María Teresa I y hermana de la Reina de Francia, María Antonieta, quien comenzó a participar activamente en la toma de decisiones del gobierno de Nápoles.

3. Rasgos biográficos

Francesco M. Pagano Nació el 08/12/1748, en la ciudad de Brienza, provincia de Potenza, Italia. En el año 1762, cuando contaba con 14 años de edad, se trasladó a la ciudad de Nápoles. Allí fue donde estudió la carrera de derecho y recibió la gran influencia política que marcaría su consecuente lucha.

En el año 1770 se desempeñó como profesor de ética en la Universidad de Nápoles y, varios años después, como docente de derecho penal. En 1783 publicó la obra *Ensayos políticos*, que consistió en un tratado de historia filosófica del reino de Nápoles, en el cual adoptó una clara postura en contra de la tortura y la pena de muerte.

Asimismo, gran parte de la redacción de la Constitución de la República Napolitana se debe a la obra de Pagano. En esta, gracias a él, se hizo especial hincapié sobre la división de poderes y el control de la corrupción. El proyecto se inspiró en la constitución francesa del año III de la República, aunque con diferencias sustanciales que le conferían un rasgo de originalidad. Un claro ejemplo de esta diferenciación se advierte en el tratamiento del concepto de igualdad, ya que, según Pagano, la igualdad era el derecho más elemental en tanto era presupuesto de todos los otros derechos fundamentales. Por el contrario, en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de 1789 a la igualdad se le daba el mismo valor que a la libertad, seguridad y propiedad. Otro concepto innovador era que se reconocía el derecho a la resistencia frente a la opresión, lo que no se hallaba tutelado en ninguna otra constitución de la época.

En el año 1794 actuó como abogado defensor de tres republicanos —Emanuele De Deo, Vincenzo Galiani y Vincenzo Vitaliani— acusados de complotar contra el rey Fernando IV. No obstante, más allá del esfuerzo empeñado, no logró salvarlos de la pena de muerte.

En 1796 fue arrestado bajo el cargo de conspirar contra la monarquía borbónica, pero a mediados de 1798 fue puesto en libertad por falta de pruebas. Ese mismo año, Pagano buscó un asilo para refugiarse, siendo inicialmente recibido por miembros de la República Romana. Allí tuvo la oportunidad de enseñar derecho público en la universidad.

Posteriormente, fue desterrado a la ciudad de Milán debido a que aún era perseguido por la monarquía borbónica que lo consideraba un opositor político. En ese contexto, el 18/12/1798, tras una orden de expulsión emitida por la autoridad policial, Pagano dirigió una vibrante protesta contra los legisladores:

Ciudadanos legisladores, me veo forzado a solicitarles el derecho de asilo y protección que su Constitución me concede y que, sin embargo, me ha sido negado. Veinte años de cátedra en Derecho público en Nápoles, durante los cuales he procurado instilar la teoría y los sentimientos de libertad en la mente y en el corazón de los jóvenes; los Ensayos políticos, publicados hace dieciséis años, en los que desarrollé los principios de la democracia y de los derechos del hombre; veintinueve meses de cárcel padecidos en Nápoles durante los que se me arrebató la preciada libertad; el cordial acogimiento que me ofreció la República romana y la fuga de aquella República con las conocidas calamidades. Todos estos parecían títulos suficientes como para que no se me hubiera impedido disfrutar del derecho de asilo que he solicitado en este suelo.⁽⁹⁾

El 01/02/1799, luego de la huida del rey Fernando IV a Palermo y una vez establecida la República Partenopea, Pagano regresó a la ciudad Nápoles.

Finalmente, con la llegada del ejército monárquico comandado por el cardinal Fabrizio Ruffo, Pagano tomó las armas para defender el gobierno filojacobino pero, fallida la resistencia, fue detenido y condenado a muerte. Así, el 29 de octubre de 1799 fue ahorcado en la *Piazza del Mercato*, de Nápoles, junto con los republicanos Doménico Cirillo, Giorgio Pigliacelli y Ignazio Ciaia.

4. Notas sobre la cultura filosófica-jurídica de Pagano

Desde la segunda mitad del siglo XVIII, en el continente europeo, la cuestión penal se tornó un tema de frecuente discusión. El debate político acerca del derecho penal y la fuerte crítica al mismo, llevaron a los

(9) FIORELLI, NICOLA, "Mario Pagano exiliado en Milán", en *Revista Archivo Histórico Lombardo*, 1917, pp. 1/2.

especialistas a cuestionar y replantear las raíces de la estructura tradicional del poder y la concepción filosófica-jurídica de las instituciones.

En esa época, la situación jurídica se caracterizaba por la presencia de una legislación confusa y vaga, causa de innumerables abusos y de lentitud en las decisiones. Este contexto tuvo como lógico fin un incremento y una constante agudización de la criminalidad. Las leyes habían demostrado su evidente fracaso dado que, principalmente, no garantizaban la libertad de los individuos, desde que se cometían violentas intromisiones a los derechos de los hombres, como la aplicación de tormentos en el marco de una investigación judicial. Sumado a esto, tampoco se lograba erradicar ni disminuir la delincuencia.

Todo esto ponía de manifiesto que el sistema penal debía ser reelaborado en todos sus aspectos. La configuración de los delitos, los tipos de penas y el modelo procesal vigente necesitaban de una reformulación integral, construida sobre la base de principios y políticas tendientes a defender los derechos del individuo.

Por ello, desde esa época, el derecho penal comenzaba a imponerse como un importante instrumento para la creación de barreras de contención al arbitrio de los poderosos, en defensa de la libertad de las personas. Durante el último cuarto del siglo XVIII, Pagano seguiría la senda de sus antecesores Montesquieu y Beccaria —quienes eran sus fuentes de mayor inspiración—, con manifiesto orgullo y firme conciencia:

La antorcha de la filosofía comenzó a iluminar las tinieblas del foro. El célebre Presidente de Montesquieu, fue el primero en dirigir la mirada filosófica sobre la jurisprudencia penal. El célebre Marqués de Beccaria sometió a examen muchas doctrinas ciegamente seguidas en el foro. Una multitud de escritores siguieron los pasos de estos valientes hombres.⁽¹⁰⁾

Me atrevo por tanto a atravesar las tinieblas del foro con la antorcha de la filosofía; intrépidamente me atrevo a criticar las opiniones reinantes, consagradas por la pluma de los juristas y adoptadas a veces por la venerable autoridad de las leyes; y me atrevo asimismo a proponer la reforma.⁽¹¹⁾

.....

(10) PAGANO, FRANCESCO M., *Principios...*, op. cit., p. 9.

(11) PAGANO, FRANCESCO M., *Consideraciones...*, op. cit., p. 4.

5. La búsqueda de un cambio radical en la concepción del proceso penal

Motivado por la preocupación sobre “cómo juzgar”, Pagano comenzó a esbozar un procedimiento penal que aseguraba la libertad de los individuos. Los principios delineados en su proyecto debían convertirse en derecho positivo y sustituir a la legislación existente y a las prácticas enraizadas en la administración de justicia. La legislación penal era el principal indicador de la calidad de un gobierno, puesto que incidía directamente sobre la libertad civil, ya sea protegiéndola o, por el contrario, devastándola.

En efecto, Pagano entendía que solo la ley permitía el traspaso del conflicto entre los individuos al orden político. En ausencia de la norma, el hombre era libre de hacer uso de sus propias facultades naturales, pero tal libertad se volvía inútil ante la incertidumbre de conservarla. Si las acciones eran reguladas exclusivamente a partir de nuestros propios impulsos y apetitos, cada hombre representaba una constante amenaza para sus semejantes: la libertad sin ley poseía el impulso egoísta de la opresión. De ahí la necesidad de la ley positiva, que intervenía para limitar la libertad de cada uno y hacerla compatible con la libertad de todos.⁽¹²⁾ La ley, por tanto, era garantía de la libertad:

El ciudadano puede ser impunemente privado de sus derechos; ahí no se goza de libertad, no se conoce la seguridad, no se disfruta de la tranquilidad.⁽¹³⁾ (...) Si para indagar y castigar los delitos se sueltan en exceso las manos del juez, donde él mucho se atreva e ilimitadamente actúe; si la ley suministra el medio a través del cual o el ciego celo o la maldad cubierta por el manto de lo justo pueda atentar contra los derechos del ciudadano, la libertad y la inocencia, las dos grandes deidades que las leyes deben respetar sobre todas las cosas, nunca estarán aseguradas.⁽¹⁴⁾

Convencido de que el proceso penal debía operar como custodio de la libertad individual, como una valla de contención al arbitrio y el poderío, Pagano trazó las líneas más elementales de un proceso penal donde las

.....
(12) *Ibid.*, pp. 5/10.

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

(14) *Ibid.*, pp. 10/11.

garantías fundamentales del imputado se presentaban como irrenunciables instrumentos de tutela de la libertad.

Demasiado escasas, casi inexistentes, las normas adecuadas para proteger al imputado inocente de ser injustamente castigado (...). Debe abolirse el poder discrecional de los magistrados, con el fin de despojar, en la medida de lo posible, al inocente de cualquier temor, al culpable de toda esperanza, y a los jueces de cualquier arbitrio.⁽¹⁵⁾

Para elaborar los principios fundamentales que debían regir al proceso penal, Pagano no debía buscar tan lejos la alternativa al procedimiento continental contemporáneo, puesto que ya en esa época se distinguían fácilmente dos modelos procesales: el inquisitivo —vigente en Europa— y el proceso acusatorio romano y la experiencia judicial inglesa del siglo XVIII. Así, el autor tomó como punto de partida sendos modelos procesales y los analizó a lo largo de la historia. De ese modo, fue recogiendo ciertos datos de ambos que le sirvieron para construir su propio proyecto reformador.

Desde el inicio, Pagano reconoció su fuerte inclinación hacia el modelo acusatorio. Nótese que en su obra, haciendo referencia al sistema inglés, proclamó: “Es imposible la opresión, imposible que el juez de paz, los grandes y pequeños jurados, los ministros reales concurren todos en el mismo mal diseño”.⁽¹⁶⁾ Por el contrario, asumió una posición crítica frente al inquisitivo, al que describe como un método “terrible y feroz” que, por su “natural e ingénita irregularidad”, tiende a la “opresión”.⁽¹⁷⁾

Luego del estudio histórico y social de ambos sistemas, Pagano identificó las principales características que concernían a cada uno de estos modelos que, manifiestamente, se contraponían, elaborando así una vehemente crítica al proceso inquisitivo en afán de instaurar un modelo acusatorio. A continuación, se explican tales elementos de forma similar a como los presentó el autor en su libro.

.....
(15) *Ibid.*, pp. 12/21.

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

(17) *Ibid.*, pp. 71, 76 y 146, respectivamente.

5.1. Libertad personal en contraposición al encarcelamiento preventivo

Pagano hacía especial hincapié en la garantía de la presunción de inocencia y en el principio fundamental *nulla poena sine iudicio*. En este sentido, sostenía la idea de que la privación de libertad, siendo una pena, no podía preceder a la sentencia salvo cuando la necesidad lo exija. Así es que el autor lamentaba que la “larga y penosa prisión en espera del juicio, es más grave a veces que la pena misma por el delito”.⁽¹⁸⁾

5.2. Publicidad en contraposición al secretismo

El autor se manifestaba totalmente en contra del secreto inquisitivo, dado que advertía que la transparencia operaba como un freno al poder arbitrario. Describía el secreto procesal como un “bárbaro monstruo del insidioso arcano, que se introduce en el templo de la justicia para expulsar a esa reina de su propio trono”.⁽¹⁹⁾ Sostenía que el secretismo —un “misterio dañino”—⁽²⁰⁾ perjudicaba al ejercicio de la defensa, puesto que privarla del conocimiento de la acusación y de la prueba, ponía en riesgo la inocencia del reo. Asimismo, consideraba el secreto judicial un legado del derecho canónico:

Ese celo paternal que inculcó nuestra santa religión a sus ministros, ese ministerio pastoral que debía esmerarse tanto en el cuidado de la grey que a ellos había sido encomendada, degeneró con el tiempo, como suele suceder, en el espíritu de la inquisición; armas letales contra la inocencia. Cuando los ministros de la religión hicieron uso de su poder temporal, transformaron la vigilancia pastoral en inquisitiva opresión.⁽²¹⁾

5.3. Oralidad en contraposición al proceso escrito

Pagano criticaba la escritura imperante en el modelo inquisidor, dado que la consideraba incompatible con la búsqueda de la verdad. Sobre las declaraciones testimoniales, sostenía que no debería dárseles ningún valor, considerando que la escritura “está muerta” y “no responde a nuestras

.....
(18) *Ibid.*, p. 90.

(19) *Ibid.*, p. 62.

(20) *Ibid.*

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

dudas".⁽²²⁾ Contrariamente, entendía que la audiencia oral permitía a los magistrados elaborar una opinión sobre la veracidad del relato, puesto que la intermediación permitía otorgar significado a las deposiciones. Además, Pagano resaltaba que si era el juez inquisidor quien transcribía en un documento los diversos testimonios, en realidad se trataba de "un solo testimonio que da fe del dicho de otros".⁽²³⁾

5.4. Igualdad de las partes en oposición a la superioridad de la acusación

Pagano entendía que la encarcelación preventiva y el secretismo conducían a establecer, desde el inicio del proceso, un evidente desequilibrio entre las partes: "el acusador tiene una clara ventaja sobre el acusado".⁽²⁴⁾ Asimismo, remarcaba que la instrucción probatoria en el proceso inquisitorio únicamente tomaba en consideración los elementos de convicción que resultaban beneficiosos a la acusación, "Como si se tratara de un poema reglado compuesto por él mismo (...) el acusador puede tejerle una red mortal a la inocencia. (...) Durante la fabricación de este edificio funesto, cubierto por el misterio dañino, el acusado se encuentra totalmente inerme".⁽²⁵⁾

Sostenía que aunque se pusiera en conocimiento de la acusación al imputado, lo cierto es que sus facultades de defensa quedaban reducidas al mínimo. En esta dirección, Pagano destacaba que el acusado, por ejemplo, asistía al juramento de los testigos sin conocer las declaraciones y sin posibilidad de confrontarlas. Y aun pudiendo presentar a su vez testigos y pruebas en contrario, no podía contrarrestar con ellas el resultado del proceso: "Por todos es bien sabido ese axioma del foro según el cual las defensas se escriben pero nunca se leen".⁽²⁶⁾

En esta misma línea, Pagano rechazaba las estructuras inquisitivas y propugnaba el principio según el cual la condición del acusador y del acusado debían ser la misma. Para arribar a esta idea, el autor tomó como referencia el modelo del proceso acusatorio romano, el que se fundaba en la igualdad de

(22) *Ibid.*, p. 138.

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

(24) *Ibid.*, p. 84.

(25) *Ibid.*

(26) *Ibid.*, p. 141.

las partes y en el contradictorio como técnica de verificación probatoria. Destacaba que, en dicho sistema de la república romana, cada uno presentaba sus testigos, los documentos, los elogios de la comunidad, interrogaba e impugnaba los testimonios de la parte contraria. Por ello es que según este autor no existía juicio válido sin contradictorio: "La confrontación es la piedra de toque de la verdad; y donde el sistema de juicios penales desconoce la contradicción, el azar, más que la verdad, dirige las sentencias de los jueces".⁽²⁷⁾

5.5. El juez como tercero en contraposición al juez inquisidor

El rito acusatorio defendido por Pagano era un proceso de partes configurado sobre el postulado del juez como tercero. El autor entendía que, desde esta perspectiva, el proceso vigente se mostraba extremadamente injusto. Asimismo, definía como "vicioso" el hecho de que en un sistema procesal el juez debiera intervenir, también, como acusador.

El ideal de Pagano era el de un juez neutral investigador de la verdad: para él resultaba fundamental la separación entre el juez y la acusación. Consideraba inaceptable que se confundieran ambas funciones opuestas. Afirmaba que la posición institucional del juez debía ser supra-partes y perfectamente equidistante de la acusación y de la defensa; y expresaba que "el juez es el medio entre dos litigantes".⁽²⁸⁾ En efecto, sostenía que debía acabarse con la relación vertical y dual juez-imputado propia del estilo inquisitivo. Por el contrario, proponía la estructura triangular del proceso acusatorio, con el órgano juzgador en el vértice y a igual distancia del vértice, sobre el mismo plano, las partes: "El acusador y el reo suministran los datos, los hechos, las conjeturas, todo ello materia del juicio (...) el juez compara las razones opuestas y contrarias, las sopesa, y después juzga".⁽²⁹⁾

No obstante, Pagano fue más allá de la idea institucional del juez imparcial, dado que, para él, no eran únicamente institucionales las condiciones de la imparcialidad del juicio; era fundamental la actitud subjetiva del magistrado, es decir, "la indiferencia del juez"⁽³⁰⁾ frente a las personas del proceso. Sostenía que solo de esta forma los jueces estaban en condiciones de —y por tanto tienen el derecho a— valorar.

.....

(27) PAGANO, FRANCESCO M., *Logica dei probabili applicata ai giudizi criminali*, Milán, 1860, p. 31.

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

(29) *Ibid.*

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

Asimismo, Pagano destacaba el valor garantista de la libre recusación y valoraba negativamente la institución, entonces vigente, de la recusación motivada. En esta dirección, señalaba que era imposible para el imputado demostrar la sospecha de parcialidad del juez. Asimismo, denunciaba que la recusación intentada pero no aceptada convertía a quien, a los ojos del imputado, era un juez dudoso, en un juez enemigo. En base a ello, concluía que la libre recusabilidad de los jueces debía estar asegurada: “la libre facultad de sospecha es el asilo sagrado contra las opresiones, y el más fuerte amparo de la libertad civil”.⁽³¹⁾

Finalmente, sumaba un elemento más a la configuración del juez imparcial, esto era la colegialidad: “Quienes sobre la vida y la libertad de los ciudadanos deben juzgar, conviene que sean lo más numerosos que se pueda”.⁽³²⁾ De ese modo, el conflicto era examinado en todos sus aspectos, y cada magistrado podía tomar en consideración alguna cuestión que haya pasado inadvertida a los otros. Por tanto, Pagano defendía el tribunal colegiado, desde que disminuía el riesgo de error judicial. Además, advertía otra razón que lo hacía preferible al juzgado unipersonal: “No hay cosa que frene más el arbitrio de un juez que el colegio de muchos jueces”.⁽³³⁾

6. Principios del Código Penal: la propuesta reformista de Pagano

Impulsado por la fuerte crítica al sistema penal vigente de su época, en *Principios del Código Penal*, Pagano elaboró un modelo penal articulado y completo, que comprendía todas las partes de la razón criminal: delitos, penas y pruebas. De este modo el autor insistía con reformar el modelo imperante en su totalidad, porque la misma justicia era considerada como la garantía de la libertad.

Los argumentos más importantes que fueran desarrollados en dicho escrito pueden identificarse en la concepción del delito, de la pena, en la definición y en la medida de los delitos, en el análisis de los elementos subjetivos del delito —con los diferentes grados de dolo y culpa—, y en la individualización de los elementos de la tentativa.

.....
(31) *Ibid.*, p. 119.

(32) *Ibid.*

(33) *Ibid.*

En esta obra también desarrolló una teoría de la prueba, en el marco de la cual establecía el modo en que debía ser valorada y en qué momento era suficiente para el dictado de una sentencia condenatoria. Esto pone de manifiesto que Pagano no solo entendía importantísima la cuestión de fondo, puesto que la referida teoría era equiparada y analizada de forma conjunta con el Código Penal. Tanto es así que consideraba al procedimiento penal como una herramienta de fundamental trascendencia que debía estar totalmente reglado con el objeto de limitar la arbitrariedad judicial y de favorecer la libertad individual.

A continuación, se amplían los conceptos definidos con gran lucidez por el autor de forma similar a como los presentó en su libro.

6.1. Sobre el dolo y la culpa

Pagano elaboró en su libro ciertos conceptos relativos al aspecto subjetivo de los delitos. Estas nociones no han sufrido grandes alteraciones con el paso del tiempo y se mantienen vigentes. Concretamente, definió y diferenció agudamente los delitos dolosos y los culposos, planteó varios grados de intensidad de estos, así como también desarrolló una teoría sobre el error de tipo.

En primer lugar, definía el dolo como la voluntad de dañar, de violar la ley y los derechos ajenos por ella establecidos.⁽³⁴⁾ Asimismo, distinguía dos clases de dolo: el directo y el indirecto. En el dolo directo el efecto del ilícito se presentaba al ánimo criminal con claridad. Este concurría cuando, de modo directo, la voluntad quería el delito, lo que acaecía cuando cierta y ordinariamente el delito seguía a la acción. En ese caso, el delito se presentaba por entero desarrollado a la razón y la voluntad llevaba directamente al objeto criminal.⁽³⁵⁾

En cambio, en el dolo indirecto, el efecto del delito se presentaba implícitamente al ánimo criminal. Esto sucedía cuando el efecto era posible, pero tan remoto que raramente sucedía. Aclaraba que esto era lo que los criminalistas denominaron "eventual", puesto que la voluntad indirectamente quería la ocurrencia de ese evento posible.⁽³⁶⁾

.....

(34) PAGANO, FRANCESCO M., *Principios...*, op. cit., p. 46.

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

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

Por su parte, Pagano definía la culpa como la falta de previsión de lo que se podía prever. En la culpa concurría una ignorancia voluntaria —un error buscado—, de donde surgía la fechoría.

También la culpa reconocía diversos grados: levisima, leve y grave. Estos niveles de intensidad de la culpa se encontraban delimitados según la relación existente entre el resultado y la acción. Es decir, si sucedía raramente que de determinado acto se derive un mal, en tal caso tenía lugar la culpa, porque esa eventualidad no se presentaba al ánimo sin que este adopte una cierta atención. Esta culpa era grave. Sin embargo, si resultaba rarísimo que de un acto se desencadene determinado resultado, la culpa era leve. Finalmente, si ese resultado se presenta como algo extraordinario, era levisima. En definitiva, la culpa se aligeraba en razón de la rareza del efecto, cuando no le era sencillo a la mente preverlo.⁽³⁷⁾ En cambio, si el resultado de la acción se presentaba como una consecuencia ordinaria, el delito se había cometido con dolo.

En cuanto a la ausencia del aspecto subjetivo (error de tipo), sostenía que las acciones cometidas en ignorancia plena estaban exentas de dolo y eran inmunes a la pena. Esto también ocurría respecto de las acciones cometidas por error, en tanto consideraba que el error de hecho era una ignorancia de lo que algo verdaderamente es y un falso conocimiento de lo que no es, conocimiento este último que equivale a la ignorancia. "El que creyendo matar una fiera, diese muerte a un hombre que caprichosamente deambula por el bosque, cubierto con una piel de jabalí, ciertamente no es reo, puesto que habrá obrado en error".⁽³⁸⁾

No obstante, no cualquier ignorancia o error absolvía del delito, puesto que si el hombre, extremando la agudeza de su mente y poniendo la debida atención, podía entender plenamente las consecuencias y la relación de la acción con la ley y, a pesar de ello, no lo hacía, el delito debía serle firmemente imputado. Así, la ignorancia de hecho, cuando podía ser superada, daba lugar a la culpa.⁽³⁹⁾

.....
(37) *Ibid.*, pp. 51/52.

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

(39) *Ibid.*, pp. 50/51.

6.2. Sobre la tentativa y la consumación de los delitos

Sobre esto, Pagano desarrolló una teoría en defensa de la libertad y de las garantías del imputado. En efecto, el autor consideraba que los malos pensamientos no debían ser castigados, así como también que la pena debía ajustarse al grado de desarrollo de la conducta criminal. Es decir, si el daño no se producía, o se producía en menor medida dado que el hecho no alcanzaba a consumarse, la sanción impuesta debía ser acorde a ello.

Siendo el delito un hecho que ofende a la sociedad y no pudiendo derivarse del pensamiento daño para otro mientras no se exteriorice en hechos, está exento de penal. Pero cuando el pensamiento se traduce en actos exteriores, configura delito, que se llama conato o tentativa, que es necesario distinguir del delito consumado. El delito ya consumado lesiona los derechos ajenos, en tanto el conato ofende la tranquilidad y la seguridad pública.⁽⁴⁰⁾

6.3. Acerca de las penas

Una de los temas más fundamentales que abarca la obra de Pagano es la cuestión de la pena. Al igual que Beccaria y Filangieri, consideraba que el fin de la pena era la defensa social. Asimismo, cargaba a esta con pretensiones utilitaristas que sirvieran a la sociedad, así como también con exigencias garantistas que velaran por la aplicación de castigos más justos.

A la pena la definía como "la pérdida de un derecho por un derecho violado". De ello derivaba que, para que la pena fuera justa, debía corresponder al delito tanto por la calidad como por la cantidad, es decir que por ese derecho que fue violado se debía privar, por medio de la pena, de un derecho al delincuente tanto como este privó del mismo a otro.

En cuanto a la calidad de la pena, se debía tener en consideración la mayor o menor maldad del reo, por lo cual a veces convenía pasar de uno a otro género de pena, cuando la pérdida del derecho violado no era suficiente para compensar la maldad del ánimo del delincuente.

.....
(40) *Ibid.*, p. 61.

Asimismo, Pagano admitía que luego del encierro el hombre volvía a ser libre, puesto que ya había purgado el daño causado. De ese modo, el cumplimiento de la totalidad de la pena extinguía el delito.

La pena cancela y extingue por completo el delito y el reo que la ha sufrido vuelve a ser inocente. Dado que él sobrepasó la línea con la violencia y retrocedió otro tanto con la pena, se restablece el justo equilibrio y, por ende, por ese delito, una vez que se haya sufrido la pena, no puede molestarse al ciudadano. Por el contrario, la sola pena de la infamia es por su naturaleza perpetua y, en cierto modo, similar a la pena de muerte. Así como esta extingue la vida natural del hombre, aquélla apaga la vida civil, que se basa en la estima que la opinión pública tiene del ciudadano.⁽⁴¹⁾

Finalmente, en lo que a este punto respecta, el autor destacaba que si bien el cumplimiento de la pena extinguía al delito, esta no era la única que salvaba al delincuente, sino también el paso del tiempo. En efecto, para que la seguridad de los ciudadanos no esté amenazada por acusaciones perpetuas, postulaba el instituto de la prescripción: "La pena demasiado tardía, es un ejemplo inútil y el largo tiempo interna en una oscura noche, con la memoria de la falta, la claridad de las pruebas".⁽⁴²⁾

6.4. La teoría de la prueba

Para Pagano, la prueba en los juicios criminales era la demostración moral de un hecho dudoso y controvertido. La investigación era la búsqueda de las pruebas. La prueba debía ser evaluada de acuerdo a criterios de duda y certeza.

Por un lado, concebía a la certeza como el estado de ánimo seguro y firme del juzgador de tener por verdadera una idea. En sentido opuesto, cuando había duda, el espíritu no sabía para dónde inclinarse. Entre ambos extremos se podían encontrar innumerables estadios que conformaban los diversos grados de probabilidad. Para llegar a condenar a un reo debía tenerse certeza de que el hecho había ocurrido.⁽⁴³⁾

.....

(41) *Ibid.*, p. 68.

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

(43) *Ibid.*, pp. 87/88.

Asimismo, consideraba a la prueba de forma indiciaria. Para que una cosa o hecho que resultaba evidente demostrara un hecho ignorado, era necesario que estos hechos se hallaran emparentados de tal modo que de la existencia de uno debiera concluirse la existencia del otro. Si la existencia de una cosa o hecho necesariamente iba unida a la coexistencia de otra, el hecho que señalaba lo ignorado era el indicio necesario. Pero si el hecho notorio no siempre, sino usualmente, se presentaba unido con el ignorado, en tal caso se llamaba indicio probable.⁽⁴⁴⁾

7. Consideraciones finales

De lo esbozado a lo largo del presente trabajo, se advierte que Francesco Pagano era un iluminado para su época, puesto que los modelos e institutos por él propuestos constituyen recientes conquistas en el ámbito del derecho penal, o continúa la pugna para lograr su efectivo reconocimiento por parte de los magistrados.

Resulta claro que Pagano se encontraba motivado en la búsqueda de un nuevo y mejor sistema en el cual se respetaran las garantías personales. Esto se advierte de las pautas propuestas en sendas obras comentadas, las que ponen de manifiesto un evidente compromiso orientado hacia la elaboración de un marco teórico sustentable con reales posibilidades de aplicación.

Así fue que, con gran lucidez, Pagano desarrolló una vida dirigida a luchar por lo que consideraba justo, partiendo de la vehemente crítica al momento histórico que le tocó atravesar, puesto que la ciudad de Nápoles, en el siglo XVIII, estaba gobernada por un poder central eje de innumerales abusos judiciales, todo lo cual derivaba en una gran lentitud en las decisiones y en una agudización de la criminalidad. Dicha situación lo llevó a impulsar un cambio profundo y radical, proponiendo una tipificación de los delitos y una prolija conceptualización de las penas, de forma tal que cada individuo supiera cuáles eran los accionares permitidos y aquellos susceptibles de sanción por parte del Estado.

Pagano defendía un sistema donde el ejercicio de la función del juez estuviera totalmente limitada por la ley. En efecto, la describía: "El simple brazo y la voz de la ley; más aún, es la ley misma, animada y con voz, y

.....
(44) *Ibid.*, p. 89.

nada más".⁽⁴⁵⁾ Solo así, entendía Pagano, se garantizaba la certeza jurídica y —consecuentemente— la libertad del ciudadano. Por ello, otorgaba especial relevancia a la normativización del procedimiento, puesto que consideraba que la ley debía establecer de forma pormenorizada los pasos que regían el proceso penal:

La serie, el orden de acciones judiciales, y el método, de acuerdo con el cual el juez se debe conducir en la investigación del delito y del reo; la ley debe prescribir el orden y el método para obtener las pruebas, para proporcionar la defensa al reo, y para dictar todas las resoluciones necesarias hasta la sentencia final.⁽⁴⁶⁾

A su vez, Pagano resaltaba el valor de las normas procesales —las que describía como "las trincheras y los baluartes de la libertad civil"—,⁽⁴⁷⁾ las que debían hacer frente al sistema por entonces vigente, donde "las manos del inquisidor están libres de ataduras y la libertad civil no está asegurada". Por ello, impulsaba un sistema en el cual "el freno de la reglamentación del proceso detenga el arbitrio ilimitado del juez".⁽⁴⁸⁾

En razón de ello, insistía sobre el peligro y las catastróficas consecuencias de la extensión de los poderes del juez, que no solo conllevaban a procesos y castigos injustos, sino también a absoluciones arbitrarias: "la salvación del reo está en manos del inquisidor, tanto como lo está la opresión del inocente".⁽⁴⁹⁾ Por tal motivo, para Pagano, un proceso fundado sobre el secreto, sobre la instrucción escrita, y desprovisto de debate, era tan fatal para la inocencia como favorable a la impunidad.

Este era, sin duda, el motivo dominante de sus obras: la denuncia del fracaso absoluto de los modelos entonces vigentes, que colocaban a las personas en un estado de total inseguridad, puesto que quedaban expuestos al ejercicio arbitrario del poder por parte de los magistrados.

.....

(45) *Ibid.*, p. 21.

(46) IPPOLITO, DARIO M., "Para una lectura política del Ensayo Político de F. M. Pagano", en *Pensamiento Político*, 2004, p. 320; e IPPOLITO, DARIO M., *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Turín, Giappichelli, 2008, pp. 157/222.

(47) PAGANO, FRANCESCO M., *Consideraciones...*, *op. cit.*, p. 12.

(48) *Ibid.*, pp. 12/13.

(49) *Ibid.*, p. 88.

Tal como lo enseñara Zaffaroni, derecho penal no es lo mismo que poder punitivo. Este es el ejercicio estatal de la potestad penal, que no está en cabeza de los teóricos del derecho, sino en manos de las agencias que infringen dolor deliberadamente y que se encuentran habilitadas por las normas positivas. El derecho penal se debe posicionar enfrente del poder punitivo, siendo definido por el maestro Zaffaroni como aquel saber interpretativo de las leyes, fundamentalmente de las leyes penales, que tiene por objeto la moderación, reducción y limitación del ejercicio punitivo.⁽⁵⁰⁾

Como corolario de lo expuesto, podemos agregar que resulta desalentador pensar que, a pesar de que todas estas ideas, principios y garantías ya eran claramente planteadas desde mediados del siglo XVIII, aún hoy algunos autores combaten las reformas democráticas de la justicia penal, para mantener en vigencia las concepciones inquisitoriales y represivas del pasado, contra las cuales se batió con paciente inteligencia Francesco Mario Pagano.



.....
(50) Ver ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2006, p. 5.

Acceso a la justicia y a la pedagogía de los vulnerables

El pensamiento de Paulo Freire y su relación con el derecho como práctica para la liberación⁽¹⁾

ANA MARÍA ARAÚJO FREIRE⁽²⁾



Agradezco la invitación de la Escuela del Servicio de Justicia, Especialización en Magistratura, de la República Argentina, y de manera especial a los profesores Alberto Filippi y Alicia Ruiz. Quiero, antes que todo, hablar de mi osadía en haber aceptado hablar —corriendo el gran riesgo de caer en engaños y errores— sobre este tema para un auditorio de especialistas del campo de las ciencias jurídicas, porque soy apenas una pedagoga e historiadora de la educación brasileira cuyos estudios hacen énfasis en Paulo Freire, mi marido.

Él se graduó de Bachiller en Derecho en 1947, en la respetada Facultad de Derecho de Recife, Pernambuco, creada el 11/08/1827, por el Emperador Don Pedro I. Sin embargo, después de iniciada su primera causa, Paulo decidió dejar la abogacía y dedicarse a la educación.

.....

(1) El presente trabajo fue expuesto por Ana María Araujo de Freire (Nita Freire) en la clase magistral de la materia "Constitución, Hegemonía y Democracia", a cargo del Profesor Alberto Filippi, de la Especialización en Magistratura de la Escuela del Servicio de Justicia, en septiembre de 2014.

(2) Licenciada en Pedagogía (Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil) y Doctora en Educación. Profesora en institutos de educación, facultades y en la propia Universidad Católica de San Pablo. Ha impartido numerosas conferencias y seminarios sobre educación —especialmente sobre la historia de la educación brasileira y el pensamiento de Paulo Freire— en Brasil y en muchos otros países.

Las ciencias jurídicas, estudiadas en las facultades de derecho⁽³⁾ y practicadas en Brasil, tienen su origen en el derecho romano. A través de los años y de la evolución de la sociedad fue cambiando su orientación, tanto en los estudios teóricos como en la práctica jurídica, desde las interpretaciones de las lecturas de la modernidad (que entienden al derecho casi restricto a la sumisión de las normas jurídicas vigentes a la letra de la ley), elaboradas por los “doctores” de la elite social y económica que priorizaban abandonar a los hombres y mujeres de “segunda categoría” —a los vulnerables, a los andrajosos, a los excluidos, a los oprimidos— a su propia suerte y desgracia. Los “dueños de las leyes y del poder”, hasta hoy, los entienden y condenan a la condición de **objetos desencarnados y sin voz**, nacidos para la sumisión y la servidumbre, lo que —felizmente, merced a la lucha política en Brasil— viene siendo substituido por la comprensión del abordaje dialéctico del derecho social. Este, de naturaleza progresista, tiene por objetivo la igualdad de todos y todas ante una justicia igualitaria, entendida como un factor que abre la posibilidad de armonía de la vida social en una relación dialógica y dialéctica entre contexto (la realidad), texto (legislación) y conflictos sociales. Esta es una gran tarea en una sociedad de clases como la brasilera, marcada por fuertes rasgos esclavistas, interdictores, elitistas y discriminatorios.⁽⁴⁾

Mi análisis —fundamentalmente político y pedagógico— incorpora⁽⁵⁾ esta nueva vertiente dialógica y dialéctica del derecho para todos, la cual, aunque no mayoritariamente todavía, está siendo aceptada y abrazada por importantes juristas y puesta en práctica por muchos de nuestros abogados, fiscales y jueces de las diversas instancias del Poder Judicial brasileiro —quizás no en la medida necesaria, aunque sí puede decirse que está en etapa de crecimiento, ruta completa para este destino—.

Como afirma Roberto Lyra Filho,⁽⁶⁾ uno de los mayores pensadores brasileiros de las ciencias jurídicas y mentor de una nueva forma de comprender el

(3) Respecto de la enseñanza jurídica, el conocimiento del derecho y sus formas sociales de producción, ver: SOUSA JUNIOR, JOSÉ GERALDO DE, *Sociología Jurídica: condiciones sociales y posibilidades teóricas*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002.

(4) Estas cuatro categorías son las que vengo trabajando en mis escritos sobre la sociedad brasileira, característica de nuestra sociedad colonial, pero que todavía hoy tiene una gran cantidad de adeptos.

(5) Para elaborar este trabajo solicité ayuda acerca de la bibliografía adecuada a mi amigo y ex Rector de la Universidad de Brasilia, el jurista José Geraldo de Sousa, quien gentilmente me envió los dos trabajos académicos sobre los que se apoya mi escrito.

(6) Roberto Lyra Filho es un foco central de los análisis de la disertación de Pedro Feitoza.

derecho —a la que le dio un nombre que, pese a no ser pretencioso, posee una rara belleza poética, política y ética: “*O Direito Achado na Rua*”⁽⁷⁾—:

El derecho no es, se hace, en ese proceso histórico de liberación —mientras se desenredan progresivamente los impedimentos de la libertad no lesiva a los demás—. Nace en la calle, en el clamor de los desposeídos y oprimidos y su filtro en las normas consuetudinarias y legales tanto puede generar productos auténticos (esto es, atendiendo al punto actual más avanzado de los padrones de libertad en convivencia) como productos falsificados (esto es, la negación del derecho en el propio vehículo de su efectuación, que así se torna un organismo cancerígeno, como las leyes que todavía representan el sello de la inequidad con el pretexto de la consagración del derecho).⁽⁸⁾

Feitoza, respecto de cómo el abordaje dialéctico del derecho —y él mismo— entienden el derecho ha afirmado: “En ese proceso histórico de liberación, el derecho tendría como finalidad el ‘desdoblamiento de la libertad dentro de los límites de la coexistencia’”.⁽⁹⁾ El nuevo abordaje dialéctico del derecho recuperaría la concepción de lo jurídico en cuanto a la esfera de la libertad en coexistencia. Por eso, para Lyra Filho, se incurre en un error al ver al derecho como pura restricción a la libertad, cuando en verdad constituiría la afirmación de la libertad concientizada y viable en la coexistencia social. De esta manera, las restricciones a la libertad de cada uno se legitimarían solo en la medida de la garantía de la libertad de todos. El derecho modelaría el padrón social organizador de la libertad, resultado del proceso mismo, lo que significa decir que dentro del proceso histórico el aspecto jurídico representa la articulación de los principios básicos de la justicia social actualizada, según padrones de reorganización de la libertad que se desenvuelven en las luchas sociales de los seres humanos. Esa forma de

(7) Comprensión que fue desarrollada por el profesor de la Universidad de Brasilia, José Geraldo de Sousa Junior, en el concepto del derecho como libertad. Ver SOUSA JUNIOR, JOSÉ GERALDO DE, *El Derecho como Libertad*, Brasilia, Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

(8) Ver LYRA FILHO, RODRIGO, “Desorden y Proceso: Un epílogo explicativo”, en Doreodó Araujo Lyra (org.) *Desorden y Proceso: Estudios sobre el derecho en homenaje a Roberto Lyra Filho*, Puerto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 312; REZENDE SANTOS FEITOZA, PEDRO, “El Derecho como modelo avanzado de la legítima organización social de la libertad: la teoría dialéctica de Roberto Lyra Filho”, disertación presentada en 2014 en la Universidad de Brasilia, p. 44.

(9) REZENDE SANTOS FEITOZA, PEDRO, *ibid.*

concebir el derecho le permite a Lyra Filho no solo retomar su identificación con la justicia, sino también encuadrarla históricamente.

Feitoza continúa citando a Roberto Lyra Filho:

Derecho y justicia caminan enlazados; la ley y el derecho se divorcian con frecuencia. ¿Dónde está la justicia en el mundo? Se pregunta: ¿Qué justicia es esta, proclamada por una banda de filósofos idealistas que después la entregan a un grupo de juristas dejando que estos devoren el pueblo? La justicia no es, evidentemente, esta cosa disgregada. Esto es negación de la justicia, una negación que le rinde a pesar de todo, el homenaje de usar su nombre, pues ningún legislador prepotente, administrador dictatorial o juez formalista jamás pensó en decir que el derecho de ellos no tiende a ser justo. Sin embargo, ¿dónde está la verdadera justicia? Evidentemente, no está acá, ni allá, ni está en las leyes (aunque a veces en ellas se mezcle en mayor o menor medida); ni está en los principios ideales, abstractos (aunque a veces también algo de ella se transmita de forma imprecisa): La justicia real está en el proceso histórico de que es resultante, en el sentido que es en él que se realiza progresivamente.⁽¹⁰⁾

Todavía en palabras de Lyra Filho:

Justicia y justicia social, antes de todo: es actualización de los principios conductores, emergiendo en las luchas sociales, para llevar a la creación de una sociedad en que cesen la exploración y opresión del hombre por el hombre; y el derecho no es más ni menos que la expresión de aquellos principios supremos, en cuanto modelo avanzado de legítima organización social de la libertad. Pero, hasta la injusticia como el anti derecho (esto es la constitución de normas ilegítimas y su imposición en sociedades mal organizadas) hacen parte del proceso, pues ni la sociedad justa, ni la justicia correctamente vista, ni el derecho mismo, la legitimidad, nacen de un verso metafísico ni son regalo generoso de los dioses. Ellos brotan en las oposiciones, en el conflicto, en el camino penoso del progreso, con avances y retrocesos, momentos solares y terribles eclipses.⁽¹¹⁾

.....
(10) *Ibid.*, p. 111.

(11) *Ibid.*

Concluye Feitoza:

la síntesis jurídica (...) no es mero resumen de todo el proceso. Si así fuera terminaría por identificarse con el orden dominante que subsiste, a pesar de las actividades anómicas. La síntesis jurídica es el mayor vector histórico de la praxis jurídica que, a partir de la dialéctica social del derecho, apunta tendencialmente, en el sentido de actualizar los principios conductores rumbo a una praxis social justa y un control social legítimo, que permita la creación de una sociedad en que cesen la exploración y opresión de los seres humanos por los seres humanos.⁽¹²⁾

José Humberto de Goés Junior,⁽¹³⁾ disertando sobre la pedagogía del oprimido al derecho del oprimido, concluye:

Comprender la noción de derechos humanos a partir de Paulo Freire demanda, por encima de todo, la percepción del derecho como fenómeno social, cultural e histórico, concebido en la dialéctica, en los conflictos, en las discusiones y en la práctica social cotidiana en favor de la justicia (...) Acerca de esta nueva epistemología, no pueden efectuar las condiciones conforme las cuales la ciencia moderna se formula como producción teórica universal, interpretadas, en el ámbito del derecho, como limitaciones y marcas ortodoxas occidentales que reducen la complejidad jurídica (...) mientras que el positivismo, capaz de impedir que la perspectiva y condición de validez del derecho sea reducida a apenas un posible, pero no único, modo de expresión, a **la norma**. Reintegrado a la vida de las personas, el fenómeno jurídico asume nuevos elementos, se integra a los fundamentos axiológicos de los cuales se apartó en nombre de la pureza metodológica y de la neutralidad con respecto a los efectos de sus construcciones sociales, como trampolín de la justicia, como campo de eticidad, se vuelve, como campo de disputas, para la emancipación social.⁽¹⁴⁾

.....

(12) GOÉS JUNIOR, JOSÉ HUMBERTO DE, "De la pedagogía del Oprimido al Derecho del Oprimido: una noción de Derechos humanos en la obra de Paulo Freire", disertación de la maestría (Derechos Humanos), Universidad Federal de Paraíba, Centro de Ciencias Jurídicas, Programa de Pos-graduación en Ciencias Jurídicas João Pessoa, 2008. p. 113.

(13) *Ibid.*

(14) *Ibid.* p. 173.

Por todo lo expuesto, se vuelve plausible afirmar que la relación de Paulo Freire con el derecho niega vehementemente la concepción tradicional del derecho de la modernidad y sus aliados —tal vez sea correcto decir que mi marido, junto a otros intelectuales que enriquecieron el pensamiento de la izquierda mundial, creó una nueva **lectura del mundo**, humanista y transformadora, dentro de la cual concibió una teoría epistemológica, ética, política, antropológica y crítica de la educación, que está alineada con la concepción del “*O Direito Achado na Rua*”, la **teoría dialéctica social del derecho**—.

Pero cabe aquí una reserva: el jurista Roberto Lyra Filho, cuyo pensamiento subyace al de Feitoza y Góes, como así también al que sustenta mi trabajo, no cita a Paulo Freire en ninguno de sus más de 40 libros. Sin embargo, con una simple lectura de sus trabajos resulta evidente que Lyra tomó principios y utilizó algunas categorías fundamentales de la teoría del educador brasileiro, su compatriota.

Por último, eludiendo más preámbulos, concuerdo con Góes, quien afirma: “fenómeno jurídico, reaprendido y reaprehendido en el mundo de la vida, se vuelve auténtico cuando se revela derechos humanos”⁽¹⁵⁾, porque hace mucho tiempo que asevero y defiendo la tesis de que la lucha de mi marido fue por la justicia, la autonomía, la liberación y la vivencia de la experiencia democrática para todos/as los brasileiros/as, y reafirmo que lo que está en el fondo, y más radicalmente, es la **lucha por los derechos humanos de ellos y de ellas**.⁽¹⁶⁾

Debo hablar ahora de las categorías epistemológicas y políticas advenidas de las virtudes personales de Paulo que, en su teoría, se hicieron, de forma coherente e intencional, categorías político-antropológicas al servicio de la **ética**, de la **humanización** y de la **transformación social**; debo hablar de su comprensión de educación **política crítica** al servicio de la **dignificación** de todos los hombres y de todas las mujeres, independientemente de la edad, del nivel de escolaridad, del género o de cualquier otra diferencia, pero en rol de los **derechos humanos** más auténticos —fundamento de derecho social dialéctico concebido por Roberto Lyra Filho—.

.....
(15) *Ibid.*

(16) Está en proceso de realización, con la organización del Profesor Erasto Fortes Mendonça y mía, y con radicales cambios y actualizaciones, el libro de Paulo Freire *La educación en la ciudad*, que tiene como nuevo título *Derechos Humanos y educación libertadora: la gestión democrática de la Secretaría Municipal de la Educación de São Paulo (1989-1991)*.

He afirmado que la teoría de Paulo ha sido la “pedagogía del oprimido”⁽¹⁷⁾ aun antes de que escribiera un libro con ese título, pues su preocupación fundamental ha sido buscar mecanismos de inserción crítica de los hombres y de las mujeres en sus sociedades, posibilitándoles **tener voz, decir su palabra, escribir sus autobiografías**, ser “más seres”. Posibilitándoles, también, ser sujetos de la historia y no **solo objetos** de la explotación, de la servidumbre al servicio de las clases opresoras. Y, si bien esa búsqueda de dignificación de los/as oprimidos/as es la lucha más auténtica por los **derechos humanos** de los vulnerables, los andrajosos, los/as oprimidos/as, hay que aclarar que la postura ética, política y epistemológica de Paulo, sin duda, es la de quien lucha por los derechos de todo orden para todos y todas las personas. Para eso debo citar extractos de algunos libros de Paulo Freire, tal vez poco conocidos, pero que me tocan mucho.⁽¹⁸⁾

Sobre la cuestión de la naturaleza ontológica de los humanos:

El profesor solamente se solidariza con los oprimidos cuando su gesto deja de ser un gesto cursi y sentimental, de carácter individual y pasa a ser un acto de amor hacia aquellos. Cuando, para él, los oprimidos dejan de ser una designación abstracta y **pasan a ser los hombres (y las mujeres) concretos, injustificados y robados**. Robados en su palabra, por eso en su trabajo comprado, que significa a su persona vendida. Solo en la plenitud de este acto de amor, en su existencia, en su praxis, se constituye la solidaridad verdadera. Decir que los hombres (y las mujeres) son personas y, como personas, son libres, y nada concretamente hacer para que esta afirmación se objetive, es una farsa.⁽¹⁹⁾

Sobre su opción a favor de los oprimidos y de las oprimidas:

Los que inauguran el terror no son los débiles, que para él son los sometidos, sí los violentos que, con su poder, crean la situación concreta en que se generan los “despedidos de la vida”, los “andrajosos del mundo”.⁽²⁰⁾

(17) Ver ARAÚJO FREIRE, ANA M., “La pedagogía del oprimido de Paulo Freire”, en *Pedagogía de la liberación en Paulo Freire*, Barcelona, Graó, 2004, pp. 25/31.

(18) En estos textos pondré destacados en negrita, por mi propia cuenta, para enfatizar la relación de la cita con lo que aquí expongo.

(19) Ver *Pedagogía del oprimido*.

(20) *Ibid.*

Sobre el amor siempre presente y radical en su gente (y en su obra y práctica):

El sadismo aparece, así, como una de las características de la **conciencia opresora**, en su visión necrófila del mundo. Por esto es que su amor es un amor para atrás, un amor a la muerte y no a la vida.⁽²¹⁾

Sobre la necesidad de la dialogicidad amorosa:

Siendo fundamento del **diálogo**, el amor es, también, **dialógico**.⁽²²⁾

Sobre la necesidad de la lucha a partir de la concientización:

Necesitamos estar convencidos de que el convencimiento de los oprimidos de que **deben luchar por su liberación** no es donación que les da la dirección revolucionaria, sí resultado de su **concientización**.⁽²³⁾

Sobre la necesidad de las virtudes del educador en la práctica educativa:

Debe ser parte de nuestra formación discutir cuáles son estas cualidades indispensables, aun sabiendo que ellas tienen que ser creadas por nosotros, en nuestra práctica, si nuestra **opción político-pedagógica y democrática** es progresista y si somos coherentes con ella. Es necesario saber, que ciertas cualidades o virtudes como lo amoroso, respeto por el otro, tolerancia, humildad, felicidad, disfrute de la vida, apertura a lo nuevo, disponibilidad al cambio, resistencia en la lucha, rechazo al fatalismo, identificación con la esperanza, no es posible la práctica pedagógico-progresista, que no se hace solo con ciencia y técnica.⁽²⁴⁾

Sobre su inmensa capacidad ética de compasión:

Qué cosa extraña, jugar a matar a los indios, a matar gente. Pienso aquí, sumergiéndome en el abismo de una profunda perplejidad, espantado por la perversidad intolerable de esos chicos desidentificándose, en un ambiente en que no crecen en lugar de crecer.⁽²⁵⁾

(21) *Ibid.*

(22) *Ibid.*

(23) *Ibid.*

(24) Ver *Pedagogía de la autonomía*.

(25) Ver *Pedagogía de la indignación*.

Sobre la necesidad existencial del sueño, de la utopía y de la esperanza:

Soñar no es solo un acto político necesario, sino también una connotación de la forma histórico-social de ser hombres y mujeres. Es parte de la naturaleza humana que, dentro de la historia, se encuentra en permanente proceso de convertirse. **No hay cambio sin sueño como no hay sueño sin esperanza...** La comprensión de la historia como **posibilidad** y no como **determinismo...** sería ininteligible sin el sueño, así como la concepción determinista se siente incompatible con él y, por eso, lo niega.⁽²⁶⁾

Sobre la virtud ética de la tolerancia:

... Hablo de la **tolerancia** como virtud de la convivencia humana. Hablo, por esto mismo, de la cualidad básica a ser forjada por nosotros y aprendida por la asunción de su significación ética, la cualidad de convivir con el diferente. Con el diferente, no con el inferior: (...) que no pasa a ser nadie solamente porque es diferente. Lo que la tolerancia legítima termina por enseñarme es que, en su experiencia, aprendo como diferente.⁽²⁷⁾

Sobre la necesidad de los sueños, de la utopía y de la justicia social:

... recientemente, fuerzas reaccionarias lograron suceso en proclamar el desaparecimiento de las ideologías y el surgimiento de una nueva historia, vacía de clases sociales y, por lo tanto, sin intereses antagónicos en lucha de clases. Al mismo tiempo, preconizan que no hay necesidad de continuar hablando de los **sueños, utopía o justicia social**. Sin embargo, para mí **es imposible existir sin sueños**.⁽²⁸⁾

Sobre los derechos de los seres humanos:

El derecho de ser tratados con dignidad para la organización para la cual trabajamos, de ser respetados como personas. El derecho a una remuneración digna. El derecho de tener, finalmente, reconocidos y respetados todos los derechos que nos son asegurados por la ley y por la convivencia humana y social.⁽²⁹⁾

.....

(26) Ver *Pedagogía de la esperanza*.

(27) Ver *Pedagogía de la tolerancia*.

(28) Ver *Pedagogía de los sueños posibles*.

(29) Ver *Política y educación*.

Sobre la profunda indignación ética a favor del respeto a la vida, las últimas palabras escritas por Paulo:

Faltando el respeto a los débiles, engañando a los incautos, discriminando al indio, al negro, a la mujer, no estoy ayudando a mis hijos a ser serios, justos y amorosos de la vida y de los otros.⁽³⁰⁾

Paulo, en su comprensión ético-político-antropológica de una epistemología critico-educativa, en última instancia, tiene como punto central la **humanización** de todos y todas, independientemente de su clase social, edad, género, sexo, nacionalidad o vivienda; se refiere a y lucha por los plenos derechos de la igualdad de oportunidades. Por lo tanto, si la praxis de Paulo Freire se centra en la lucha por la **dignificación de las personas** que incorpora la verdadera **humanización**, se refiere a los derechos humanos. Dignificar a la gente, a las personas, y así, la substantividad de los **derechos humanos**; del "*O Direito Achado na Rua*" dentro de la concepción dialéctica social del derecho de Roberto Lyra Filho.

No tengo dudas, no tengo por qué no afirmar que la obra y práctica de Paulo influenció mucho el proceso de **concientización** política de gran parte de la población nacional, sobre todo la perteneciente a las camadas populares y de la construcción y participación en la democracia que tenemos hoy en la sociedad brasileira.

No tengo dudas, no tengo por qué no afirmar que el acceso a la justicia por los vulnerables y oprimidos se debe en gran parte al pensamiento y práctica de Paulo Freire, que luchó incesante y valientemente comprometido toda su vida, a través de su creencia en los hombres y en las mujeres todas y de su solidaridad personal para con los justos, colocados en su obra por el derecho como práctica para la liberación.

El conjunto de la obra de Paulo Freire, que tiene como punto neurálgico a la educación es, en última instancia, un tratado del derecho social dialéctico a partir del "*O Direito Achado na Rua*", pues está empapado de politicidad, eticidad/esteticidad, amorosidad y problematicidad **nacido** de lo real y concreto, a favor de los oprimidos y oprimidas, los vulnerables y los andrajosos del mundo.



.....

(30) Ver *Pedagogía de la indignación*.

La Constitución Nacional de 1949 y la obra de Arturo Sampay

MARCELA VIVONA⁽¹⁾ y JOSÉ GABRIEL YAMUNI⁽²⁾



1. Breve semblanza de Sampay

Arturo E. Sampay⁽³⁾ nació el 28/07/1911 en Concordia, Entre Ríos. Estudió en el Colegio de Concepción del Uruguay (1925-1929). En 1932 recibió el título de abogado (Universidad de La Plata) donde dictó cátedra de Derecho Político entre 1944 y 1952. Cursó estudios de posgrado en Suiza con Dietrich Schindler (discípulo de Herman Heller), en Milán con monseñor Olgati y Amintore Fanfani, y en París con Louis Le Fur y Jacques Maritain.⁽⁴⁾

(1) Abogada, especializada en derecho penal (UBA). Docente (Universidad Nacional de La Matanza). Coordinadora de la materia Violencia de Género e Igualdad de Oportunidades para la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

(2) Abogado y Procurador (UBA). Profesor asociado a cargo de la titularidad de la cátedra de Derecho Civil (Departamento de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de La Matanza). Se desempeñó como Asesor Sindical en la Asociación Obrera Textil de la RA (1991-2015).

(3) Los datos biográficos del Dr. Sampay han sido tomados, en general, de: GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, "Nota preliminar", en Arturo Sampay, *La Constitución Democrática*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1999, pp. 7/42.

(4) FERNÁNDEZ AGUAYO, SERGIO, "Persona, Sociedad y Economía en Jacques Maritain", [en línea] <http://www.maritainargentina.org.ar/jacques/persona.html>. El autor —Presidente del Instituto Jacques Maritain de Chile— señala que ambos coincidían en que la idea de persona se traduce en el plano político en "una sociedad de hombres libres", lo que supone una sociedad pluralista en lo social, democrática y respetuosa de los derechos humanos, políticos y sociales. Esto, además, sitúa a la persona culturalmente en un contexto de reciprocidad social

En 1945 fue asesor del interventor de la provincia de Buenos Aires (Domingo Mercante) y fiscal de Estado, colaborando con el director del Banco Provincia, Dr. Arturo Jauretche. Entre 1938 y 1942 escribió *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*.⁽⁵⁾ En su estudio sobre "La filosofía del iluminismo y la Constitución argentina de 1853" (1944) indicó la influencia de tal corriente en nuestra Carta Magna, las instituciones y el sistema educacional que lo complementó.⁽⁶⁾

Sancionada la Constitución de 1949, Sampay fue enviado por Perón a Europa en misión oficial para mantener entrevistas con distintos líderes políticos con el fin de evaluar la situación internacional en tiempos de posguerra, de reconstrucción europea y de comienzo de la Guerra Fría. Eric Calcagno⁽⁷⁾ relata una anécdota no escrita y poco difundida de nuestro jurista referida a la entrevista mantenida con el general De Gaulle, a la sazón en su retiro de Colombey-les-Deux-Églises, un pequeño pueblo alejado de París, en el que se dedicó a escribir sus *Memorias de Guerra*, y donde nada hacía prever los acontecimientos de 1958 que lo llevarían nuevamente al poder. "Cuando Sampay —dice Calcagno— le preguntó sobre sus actividades, le respondió: estoy esperando que Francia me llame para gobernarla".

Posteriormente se reunió con el Papa Pío XII (Eugenio Pacelli), quien le concertó una serie de encuentros con el cardenal Giovanni Montini —Secretario de Estado del Vaticano y futuro Papa Paulo VI— con quien pasaron revista a la situación política mundial y argentina.⁽⁸⁾

.....
donde los derechos del hombre constituyen el corazón de la democracia ya que obligan a los poderes políticos a referirse al ciudadano y rendirle cuenta de sus decisiones.

(5) En esta obra, Sampay propició que la persona no sea absorbida por los entes estatales o corporativos a *contrario sensu* de las tendencias europeas en el marco del fascismo en general. Ver en GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, conferencia pronunciada en la sede del Instituto de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas, 05/07/2007, [en línea] <http://nomeolvidesorg.com.ar/wpress/?p=666>

(6) GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, *La Constitución de 1949*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1971, p. 119.

(7) Senador nacional por la Provincia de Buenos Aires (2008-2011). Diputado nacional por la Provincia de Buenos Aires (2011-2015).

(8) Sampay refiere que Montini lo invitó a cenar la noche anterior a su regreso al país, con una importante concesión: "Podrá hacerme una pregunta sobre el tema que quiera y se la contestaré con toda franqueza". Llegó el día y Sampay le preguntó qué pasaría con la Iglesia si el comunismo se imponía a escala mundial (hipótesis muy verosímil en ese momento).

Hacia 1952, culminada su obra *Introducción a la Teoría del Estado*, y debido a la acción persecutoria llevada a cabo por el mayor Carlos Aloé —sucesor de Mercante en la gobernación de la Provincia de Buenos Aires—, Sampay debió recorrer el camino del exilio.

El acuerdo entre Perón y Frondizi que llevó a este a ocupar la Presidencia de la Nación en 1958 posibilitó el retorno de Sampay a quien, sin embargo, no le fueron restituidos cátedras ni cargos. No obstante, participa en el Instituto Argentino para el Desarrollo Económico (IADE) y dirige la revista *Realidad Económica*, en colaboración con otros intelectuales como Alfredo Eric Calcagno. Asesoró, además, en materia de derecho constitucional, siendo recibido en Chile por Eduardo Frei Montalva en 1967 y por Salvador Allende en 1971, quienes estaban particularmente interesados en la inteligencia del art. 40 de la Constitución justicialista, que finalmente adoptó la Constitución chilena.⁽⁹⁾

Recién en la década del 70 se reintegró a la cátedra universitaria. En 1973 publicó una recopilación de trabajos bajo el título *Constitución y Pueblo*, y su artículo “El cambio de las estructuras económicas y la Constitución Argentina”.⁽¹⁰⁾ Ese año también fue designado conjuez de la Corte Suprema de Justicia. En 1975 publicó *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, recopilación en la que reseñó los objetivos de la Reforma de 1949⁽¹¹⁾ y que contiene la documentación fundamental de la misma. En 1976 fue nuevamente privado de la cátedra por el golpe militar, y de inmediato enfermó gravemente.⁽¹²⁾

Antes de su ingreso al justicialismo ya estaban delineadas las tres constantes del pensamiento de Sampay, a saber: su “teísmo metafísico-religioso”

Entonces Montini dijo: “¡Nada, nada, nada!... Como sucede con las herejías triunfantes, la Iglesia bautizará lo que tenga de verdadero; y lo que tiene de falso se perderá solo, como se pierden en el mar la espuma y la resaca que quedan en las arenas de la playa”, en CALCAGNO, ERIC, “Homenaje a Arturo Sampay”, en *Miradas al Sur*, n° 166, año 4, 24/07/2011.

(9) GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, *La Constitución de 1949*, op. cit., p. 121.

(10) Publicado por el Instituto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA, del que fue nombrado director en 1973.

(11) Ver JARAMILLO, ANA (comp.), *Arturo Enrique Sampay. Obras escogidas*, Colección Pensamiento Nacional, Remedios de Escalada, Bs. As., Ediciones de la UNLa, 2014, p. 147.

(12) VILAS, CARLOS M., “Arturo Enrique Sampay y la Constitución nacional de 1949”, [en línea] <http://cmvilas.com.ar/index.php/articulos/14-estado-y-democracia/4-arturo-enrique-sampay-y-la-constitucion-nacional-de-1949>

y la "aceptación de un orden moral objetivo, salvaguarda de la dignidad y libertad humanas, y a la par, sostén de una concepción realista del Estado, que da preeminencia al bien del todo sobre el bien del individuo"; su "nacionalismo y dirigismo económico, como único medio de liberar al país de la dependencia extranjera y de ese modo posibilitar el desarrollo pleno y armónico de sus recursos", y por fin "su confianza en el juicio estimativo del pueblo".⁽¹³⁾

La concepción realista de Sampay considera al hombre como un ser en permanente distensión entre los requerimientos de sus pasiones egoístas y los imperativos de la conciencia que le señalan el bien que debe perseguir con su obrar social.⁽¹⁴⁾ De ahí que "los fines que el Estado persigue para garantizar una existencia digna del hombre está dada por la primacía de la persona humana y de su destino", marcando así el sesgo metafísico de la nueva Constitución. El Estado y la sociedad deben resguardar ese fin para que el hombre no solo pueda vivir, sino vivir "bien" —como decía Santo Tomás—, promoviendo el bien común en un orden justo. Una adecuada intervención estatal puede aparentar a primera vista un sometimiento del interés individual al bien de todos, pero "no es la renuncia que una persona hace de un 'bien suyo' en favor de un 'bien ajeno', sino la renuncia de un bien propio menor en favor de uno mayor, exigido por su esencia social, por una dimensión ontológica del ser humano".⁽¹⁵⁾

Se ha dicho que Sampay puede ser considerado como el único autor argentino que, en la primera mitad del siglo XX, refutó científicamente los presupuestos jurídicos y políticos del Iluminismo. Asimismo, se ha expresado también que toda la estructura teórica de sus obras trasuntó en la Constitución de 1949, dotando así a la Argentina de un instrumento jurídico y político de raíz iusnaturalista.⁽¹⁶⁾

Resulta particularmente interesante vincular uno de los temas en los que más insistía Sampay, el de "la revolución de nuestro tiempo", con la cir-

(13) GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, "Nota preliminar", *op. cit.*, pp. 12/13.

(14) CALCAGNO, ERIC, *op. cit.*

(15) *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949*, Bs. As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1949, pp. 273/274.

(16) PIERPAULI, JOSÉ R., "Arturo E. Sampay: una fundamentación iusnaturalista en torno de la relación entre Teoría del Estado y Constitución jurídica", en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, año V, 1999, p. 129.

cunstancia revolucionaria de la cual, según el autor, dimanaban los regímenes socialistas y el Concilio Vaticano II. En tal sentido observa que, por primera vez en la historia, todo el género humano puede y quiere participar de los beneficios de la civilización y hacer suyas las condiciones de vida ofrecidas por el desarrollo científico, tener más tiempo libre —ocio—, ser socialmente más libres e iguales y, por lo tanto, intervenir con más conciencia y eficiencia en el gobierno de la comunidad. La madurez de la democracia ordena así políticamente los recursos económicos para que la producción de los bienes necesarios a un consumo acorde con la civilización sea suficiente para todos. Sampay analiza la legitimación de los regímenes socialistas que formula el Concilio Vaticano II, concluyendo que el Concilio “no tiene nada que reprocharle moralmente” a los regímenes económicos socialistas ya que estos, dando primacía al bien colectivo sobre los intereses individuales, se proponen conseguir, en el menor tiempo posible, una producción de bienes modernos suficientes para cubrir las necesidades de cada uno de los miembros de la comunidad; que ello sea sí, no cabe duda, es un imperativo de la justicia.⁽¹⁷⁾

Se suele asociar a Sampay con las ideas económicas del marxismo. Él mismo asumía que lo iban a tildar como “filocomunista” en las soluciones que proponía, a lo que replicaba que tales soluciones estaban “animadas por la idea clásica de justicia y por verdades prácticas abonadas como tales por la experiencia política de nuestro tiempo”.⁽¹⁸⁾ En todo caso, el giro hacia la izquierda fue usual en los ambientes católicos de los años 60, lo que venía impulsado por una lectura progresista de las conclusiones del Concilio Vaticano II y de la encíclica *Populorum Progressio* (1967) del Papa Paulo VI, que Sampay aplicó sin inconvenientes a la realidad argentina. Y si bien consideraba incompatible la idea marxista de felicidad confrontada con la concepción cristiana de la felicidad eterna, “eso no significaba tener que repudiar el aporte marxista —la aceleración de la revolución científico-económica—, más aún si se conseguía

(17) Entre los aspectos medulares de tal legitimación se señalan: el destino común de los bienes; indemnización equitativa por el traspaso de bienes privados a la propiedad pública; la transformación de los medios privados de producción en bienes públicos; el ineludible deber y el derecho —que el Estado ha de reconocer— de contribuir, con todo lo que se tiene, al desarrollo económico de la comunidad, sobre todo en regiones de menor progreso; el deber de proporcionar a todos suficiente cultura; y la necesidad de que el mayor número posible participe en la dirección de la política para el desarrollo de las fuerzas productivas, en JARAMILLO, ANA, *op. cit.*, pp. 243/249.

(18) *Ibid.*, p. 162.

conjugar el protagonismo político de la clase trabajadora, con la organización centralizada de la producción y la reparación de las injusticias sociales".⁽¹⁹⁾

Señalamos que la Constitución, para Sampay, apenas establece las coordinadas programáticas de un orden social justo, mas no tiene el poder mágico de instituir un régimen económico justo cuya concreción real depende del obrar humano, siempre perfectible. De ahí que en su obra póstuma reconoció con espíritu autocrítico que la Reforma de 1949:

... no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, debido, primero, a la confianza que estos sectores tenían en la conducción carismática de Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, a fin de conservar el carácter pluriclasista de su movimiento, por lo que el nuevo régimen iba a durar hasta que la oligarquía cautivara a las Fuerzas Armadas; porque es exacto lo que expresa Aristóteles, que el que tiene en su poder las armas decide la permanencia o no del régimen político. Tal era el talón de Aquiles de la reforma, la cual, precisamente como Aquiles, fue muerta por el enemigo en la flor de la juventud a causa de tener vulnerable nada menos que su soporte.⁽²⁰⁾

2. La Constitución de 1949. Consideraciones generales

La Constitución de 1949 ha sido considerada un proyecto revolucionario de transformación de la estructura política, social y económica que marcó una "bisagra" en nuestra historia.⁽²¹⁾ Si bien solo rigió seis años, ha sido ponderada como "lo más valioso del peronismo", aunque resulta "sugestivo el desinterés de sus dirigentes por esas normas".⁽²²⁾

(19) SEGOVIA, JUAN F., "El método político-constitucional y el iusnaturalismo de Arturo Enrique Sampay", en *Jornada de conmemoración de la obra y la persona de Arturo Enrique Sampay*, organizada por Pontificia Universidad Católica Argentina - Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2012.

(20) JARAMILLO, ANA, *op. cit.*, p. 148.

(21) LÓPEZ, JOSÉ I., "Legalidad y legitimidad de la Constitución Nacional de 1949. Un enfoque histórico", 18/09/2012, [en línea] www.infojus.gov.ar

(22) LOZADA, SALVADOR M., "La Constitución del 49", en *Le Monde Diplomatique*, n° 75, edición Cono Sur, septiembre, 2005, [en línea] <http://www.insumisos.com/diplo/NODE/738.HTM>

La Constitución de 1853, inspirada en concepciones liberales en lo económico y conservadoras en lo social, producto de quienes históricamente impusieron su predominio, llegó a ser, según Cooke, “un instrumento que respondía a la interpretación única de la clase dirigente (...) Lo que tenía de democrático y social, no llegó a concretarse nunca. Y lo que tenía en su aspecto económico, al ser condicionado por las doctrinas de la época, ha quedado superado por una realidad completamente distinta a los moldes y fórmulas del pasado”.⁽²³⁾ La Constitución de 1949 rompió esencialmente esta génesis y planteó ideales revolucionarios concibiendo un Estado activo y regulador que garantizó la equidad en la distribución de los bienes y servicios en beneficio de los sectores sociales que, desde el comienzo de nuestra historia independiente, solo fueron gozados por grupos sociales minoritarios que detentaron el poder de manera excluyente para el resto de la comunidad.

El día 11/03/1949 la Argentina sancionó una nueva Constitución que buscó promover los derechos individuales y colectivos del hombre, siendo una de las primeras en incorporar los derechos humanos e instaurar los sociales y económicos con rango constitucional. Tras su derogación en 1956, se restableció la Constitución de 1853 con pequeñas modificaciones, soslayando así los derechos conquistados por el pueblo argentino.

La incorporación de derechos sociales, políticos y humanos al texto constitucional fue acompañada con normas referidas a la economía y al papel del Estado en el proceso económico, lo que apuntaba a garantizar el pleno goce de aquellos. Con esas características, el derecho constitucional argentino adscribió al denominado “constitucionalismo social”, cuyas primeras manifestaciones podemos hallar en las constituciones mexicana de 1917 y alemana de 1919.

Los derechos especiales de los trabajadores, la familia y la ancianidad incorporados a la Constitución de 1949 constituyen verdaderos derechos humanos al ser “inherentes a la persona, subjetivos, inalienables, universales, contextuales e interrelacionados sistémicamente con los demás derechos consagrados en la misma”.⁽²⁴⁾

(23) ZAFFARONI, E. RAÚL, “Estudio Preliminar”, en *Constitución de la Nación Argentina (1949)*, Bs. As., Archivo Nacional de la Memoria, 2009, p. 221.

(24) VIOR, EDUARDO J., “Los derechos especiales en la Constitución de 1949 desde una perspectiva intercultural de los derechos humanos”, en Hugo E. Biagini y Arturo A. Roig (dirs.), *El pensamiento alternativo en la Argentina del siglo XX*, t. II, Bs. As., Biblos, 2006, pp. 191/208.

La concepción liberal del derecho de propiedad contenido en la Constitución de 1853 quedó sustancialmente modificada al establecerse una **función social** de la propiedad privada sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común.

Para Sampay, una constitución debe procurar que los principios y derechos proclamados en ella no sean meras declamaciones, sino la garantía de su goce efectivo y pleno por todos los medios materiales y jurídicos disponibles. Si bien una Constitución debe establecer las coordinadas programáticas de un orden social justo, no instituye *per se* un régimen económico justo, pues sería una ingenuidad propia del racionalismo considerarla como “una panacea para todos los males”; esto porque, en rigor, “la Constitución es solo un programa de vida colectiva, que la conducta humana hará real o no”.⁽²⁵⁾ En ese sentido, la Constitución de 1949 cumplió su cometido, pues al conferir un estatus constitucional a numerosos derechos, al colocar la economía al servicio del hombre y al reasignar el rol del Estado para el logro de ese fin, sentó las bases para llevar sus postulados a la práctica.

Por último, los motivos de su autoritaria supresión y la relación con los sucesos acaecidos en el orden político —largamente discutidos por la doctrina nacional— serán la base sobre la que intentaremos indicar de qué modo las circunstancias históricas y políticas han servido para fundamentar, con distintos pretextos, su derogación, mostrar las contradicciones existentes en ellos y contribuir a explicitar la determinante de su anulación en el marco de la reposición de un proyecto de nación subordinado al poder hegemónico internacional dominante.

3. De la Constitución liberal de 1853 a la Constitución social de 1949

La Constitución de 1853 introdujo las instituciones jurídicas y políticas necesarias para intentar promover un desarrollo industrial de inspiración liberal. Esto propugnó un gobierno central fuerte que impedía la participación de las masas en toda cuestión política; garantizaba la propiedad privada; protegía el capital extranjero con idénticos derechos que los nacionales; nacionalizaba la renta de la aduana, el comercio exterior y la moneda; abría los ríos a la libre navegación y circulación de productos; uniformaba

.....

(25) JARAMILLO, ANA, *op. cit.*, p. 26.

la legislación de fondo encomendando al Congreso la codificación de las principales ramas del derecho con el fin de lograr “la cristalización jurídica de la pretendida unidad del Estado y de la necesaria aplicación del Derecho a todo el ámbito espacial cubierto por el poder de los Estados provinciales”;⁽²⁶⁾ y, por último, promovía las relaciones de comercio con las naciones del mundo. Fue, en definitiva, una Constitución que en el pensamiento de Alberdi y Sarmiento solo podía servir a las clases más educadas para garantizar su libertad y su propiedad, pues para estos las clases populares solo necesitan de “leyes ordinarias” que aplican “los jueces” y “la policía de seguridad”, siendo “punto esencialísimo” llegar a la “supresión de los derechos de la multitud”.⁽²⁷⁾ En función de lo expuesto, es posible decir que, “en términos absolutos, la Constitución de 1853 es una estructura política oligárquica” pues “concede preeminencia a los ricos”.⁽²⁸⁾

Al incorporarse Buenos Aires, la Reforma de 1860 formalizó finalmente la reunificación argentina, a la que coadyuvaban los intereses británicos “que aprovechan de un mercado nacional ya modelado y de las buenas perspectivas para cuando el país se pacificara totalmente”, manteniendo algunos aspectos de la política de Rosas⁽²⁹⁾ como, entre otros, la supremacía económica de la oligarquía porteña que sigue siendo inmune a la supremacía federal; la preferencia del puerto de Buenos Aires para el comercio ultramarino, y la autonomía del Banco de Buenos Aires fundado por Rosas.

En suma, se trató de una Constitución que se basó en la federal de EEUU que, además, imaginaba la “importación” del modelo industrial inglés con libertades económicas y máximo aprovechamiento del capital. Debe tenerse en cuenta que con la segunda Revolución Industrial el capitalismo competidor se transformó en un capitalismo organizado con sesgo imperialista; de ahí que las empresas capitalistas, “en lugar de concurrir a los países más atrasados para competir entre sí, ahora, unificadas en grandes consorcios,

.....

(26) FILIPPI, ALBERTO, “Introducción Histórica”, en Irma A. García Netto (comp.), *Principios Generales del Derecho Latinoamericano*, Bs. As., Eudeba, 2009, p. 33.

(27) JARAMILLO, ANA, *op. cit.*, p. 128.

(28) *Ibid.*, p. 129.

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

se apoderan de esos países para explotarlos con exclusividad”, a favor de sus intereses, al tiempo que imponen mediante sus industrias y empréstitos:

... una producción suplementaria y subordinada a la producción del área metropolitana. Argentina ya no pudo servirse de un capitalismo competidor para plasmar un desarrollo autónomo, ni explotar sus recursos para forjar la infraestructura de una producción moderna, y el rápido desarrollo experimentado a partir de la octava década del siglo XIX resultó, en rigor, mutilado, parcial y complementario como productor agrícola-ganadero de la economía industrial europea, en especial de la inglesa.⁽³⁰⁾

3.1. Proceso constituyente.

El paradigma de una nueva estructura económica

Tras el golpe militar de 1930, la Constitución de Alberdi recobró su sentido esencial, excluyendo de la política a los sectores populares y propiciando su expropiación en favor de los intereses británicos, lo que derivó en un apoderamiento de los principales recursos nacionales por parte del imperialismo inglés. Para fortalecer esos intereses tras el *crack* de 1929 y salvar de la quiebra a la oligarquía local, se implantó el dirigismo político de la moneda, el crédito y el comercio exterior a través de la creación del Banco Central, gobernado por la banca privada y con control británico. Este ciclo oligárquico abierto con el derrocamiento de Yrigoyen se cerró con la movilización popular del 17/10/1945 que surgió en defensa del progreso de la justicia social alcanzada tras una profusa legislación obrera⁽³¹⁾ que, sin duda, allanó el camino para imponer la Reforma constitucional de 1949.

Sampay explica que la II Guerra Mundial, que “de entrada casi extenuó a nuestro dominador británico”, nos brindó una segunda oportunidad para mejorar la situación del país. Los gobiernos surgidos en 1943 y en 1946 pudieron “echar los cimientos de nuestra industria pesada, intensificar nuestras industrias livianas, nacionalizar el Banco Central, extirpar el cáncer” de la deuda externa, e incorporar al pueblo argentino “al género de vida moderno”. Sin embargo, al final de la conflagración, “Inglaterra cedió la dominación de nuestro país a Norteamérica, como una cosa explotable de

.....

(30) *Ibid.*, p. 136.

(31) *Ibid.*, pp. 146/147.

alta rentabilidad, en pago de préstamos y arriendos recibidos. Esta operación está documentada en las 'Memorias' de Churchill".⁽³²⁾

El crecimiento industrial, el fin del modelo agroexportador y la inclusión económica, social y política de la clase trabajadora probaban que "ya no éramos un país subpoblado y agrario, conducido por una élite económica e intelectual que monopolizaba la participación política para los miembros de su propia clase mediante el fraude electoral y la proscripción de las clases trabajadoras".⁽³³⁾

Promulgada la ley que declaró necesaria la reforma constitucional, distintas argumentaciones cuestionaron la propuesta. Así, algunos se abroquelaron en la declamada "intangibilidad" de una Constitución supuestamente "sabia" y con contenidos "pétreos", tales como los principios liberales de la Constitución de 1853 o la presunta restricción a ciertas libertades individuales.⁽³⁴⁾ Otros adujeron que la iniciativa provenía de un gobierno "totalitario" que solo perseguía la reelección presidencial indefinida, reduciendo a este único móvil político toda la Reforma. Por último, otros más apuntaron a los procedimientos parlamentarios y constituyentes que condujeron a la sanción de la Reforma de 1949, cuestionando su legalidad y legitimidad.⁽³⁵⁾

En los comicios del 05/12/1948, el peronismo se adjudicó 109 de los 158 escaños para convencionales. La Constituyente inició sus tareas el 24/01/1949, y fueron sus autoridades Domingo Mercante (presidente), Héctor J. Cámpora (vicepresidente primero), y José G. Espejo (vicepresidente segundo). Por mérito propio, su sólida formación intelectual y el

(32) La primera oportunidad de inaugurar una política autónoma surgió con la guerra de 1914 que el gobierno de Yrigoyen llevó a cabo en distintos ámbitos de la economía (hidrocarburos, flota mercante, astilleros navales, etc.). Los patriotas de 1810 cumplieron la empresa de independizarnos de España, aunque simultáneamente caímos bajo la dependencia económica de Inglaterra que nos impuso las modalidades de producción, trabajo y consumo más convenientes a sus intereses, convirtiendo a nuestra economía en subsidiaria de las necesidades del Imperio, *ibid.*, pp. 159/161.

(33) SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y Pueblo*, Bs. As., Cuenca Ediciones, 1974, pp. 236/245, citado por Carlos M. Vilas, "Arturo Enrique Sampay y la Constitución Nacional de 1949", *op. cit.*

(34) NIETO ORTIZ, MANUEL A., *Los derechos humanos en la Argentina, su estado actual y operatividad*, La Rioja, edición del autor, 2001, pp. 146/147.

(35) Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Bs. As., Ediar, 1993, p. 199.

ideario plasmado en su obra, el Dr. Sampay fue el miembro informante del bloque mayoritario de convencionales. Ahora bien, para precisar el alcance y el sentido que tuvo la Reforma en el cambio de paradigma económico y social en ciernes por la vía de la Reforma constitucional, señalamos cual era el contexto que signaba entonces la situación del país.

Siguiendo a Sampay,⁽³⁶⁾ nos interesa destacar que nuestras **estructuras económicas** —concepto central en su pensamiento sobre el que regresaremos más adelante— eran las de un país económicamente dependiente pues, en lo principal, estaban concebidas para satisfacer los intereses de los monopolios transnacionales que se habían apoderado de los recursos naturales, las industrias, el comercio interno y externo, y la administración del ahorro social. La tecnología constituía el instrumento más eficaz para consolidar esa dependencia, ya que al adquirirla los monopolios imponían la industrialización que les interesaba que adoptásemos, pues era la que resultaba complementaria y subsidiaria de las radicadas en sus respectivos países; esto creaba la necesidad de comprar las máquinas y repuestos que estos fabricaban, constriñéndonos a producir según los deseos y necesidades del sector más solvente de nuestra sociedad, al tiempo que monopolizaba la elaboración de artículos imprescindibles para el consumo popular, lo que les permitió obtener ganancias usurarias. Este mecanismo cerrado y perverso posibilitaba a esos monopolios no solo girar sus extraordinarias ganancias a sus casas matrices en el exterior, sino también obtener elevadas regalías por el uso de esa tecnología.

En materia agropecuaria la situación era análoga: el régimen latifundista imperante y la exportación agrícola-ganadera, a cargo también de monopolios transnacionales, estancaron el rendimiento de nuestras tierras fértiles. En función de esto, los ricos grupos terratenientes no precisaban reinvertir sus ganancias para mantener sus pingües rentas, mientras que los oligopolios exportadores de granos y carnes dejaban en el exterior el grueso de sus utilidades. Estas circunstancias, unidas al mayor consumo interno por el crecimiento demográfico, privaron al país de las divisas necesarias para adquirir bienes de capital indispensables para el desarrollo económico.

.....

(36) SAMPAY, ARTURO E., "El cambio de las estructuras económicas y la Constitución argentina", en Dardo González y Néstor Lafleur (coords.), *Sampay. Homenaje 1911-2011 en el centenario de su nacimiento*, 2ª ed. digital, Centro de Estudios Laborales (CEL) Regional La Plata, Berisso y Ensenada, diciembre, 2011, [en línea] <http://www.celregional.com/site/sampay/sampay1.pdf>

Esta situación que caracterizó la etapa previa a la Reforma se mantuvo prácticamente inalterada durante las décadas posteriores a la vigencia de la Constitución de 1949, con el agravante de que a partir del derrocamiento de Perón el país adscribió groseramente al círculo vicioso del endeudamiento externo, lo que generó un crecimiento incesante y geométrico de nuestra deuda exterior. Agregamos, además, que muchas de estas políticas antinacionales fueron posibles merced a la connivencia local tanto de los funcionarios de gobierno como del *establishment* económico-financiero y de los medios de comunicación. Se comprende así por qué el pueblo, a la sazón la “nación real” —en clave de Sampay— expresó categóricamente su voluntad de cambiar esas estructuras económicas impeditivas del bienestar general.

3.2. Ideas centrales del pensamiento de Sampay

Nos interesa enfocar algunos conceptos centrales del pensamiento de Sampay para comprender las claves inspiradoras de la Reforma.

Con la expresión “**estructuras económicas**”, Sampay designa el modo en que un país ordena el trabajo productor de bienes y la manera en que distribuye sus resultados entre los miembros de la comunidad. Ello impone decidir “qué parte se destina a la producción de bienes de consumo y qué parte a la producción de bienes de capital”; asimismo, si la orientación de la inversión se encamina “hacia una industrialización autónoma del país o hacia una industrialización parcial y subalterna de una estructura económica extranjera”, y si en el intercambio internacional se reciben valores equivalentes a lo que se da o, en cambio, se recibe menos.⁽³⁷⁾

El sustrato de las estructuras económicas es, según Sampay, la **comunidad política**; esta “ordena los intercambios entre sus miembros para conseguir el bienestar de todos” y se asienta en dos realidades: la del grupo que gobierna y la del resto de los gobernados. Al gobierno le corresponde determinar la finalidad que deben perseguir “los actos sociales de los miembros de la comunidad y cómo se distribuyen los productos de esos actos”, pues de esa determinación crítica, que implica la asunción o no de una política de distribución justa, dependerá el surgimiento de un gobierno **oligárquico o democrático**. En este contexto, si el sector social que predomina utiliza en provecho propio los frutos de la producción del conjunto, dejando a los gobernados solo los bienes y servicios indispensables para su subsistencia biológica, estamos en presencia de una oligarquía, o sea,

.....

(37) *Ibid.*

"el gobierno de unos pocos que utilizan en su beneficio los bienes de todos". En cambio, si la clase gobernante procura cubrir las necesidades de la sociedad entera y se preocupa por que toda la comunidad participe de los "bienes de la civilización", estaremos entonces "ante una verdadera democracia, una democracia en el fin, cualquiera sea la forma que asuma el gobierno de la sociedad".⁽³⁸⁾

Una **comunidad política** se compone de individuos que buscan el bienestar de todos. El bienestar, en este sentido, implica la distribución de los bienes y el intercambio de cosas y servicios cuya producción depende del trabajo humano, equilibrados por el concepto de justicia; y los individuos reconocen el valor "justicia" cuando adquieren la conciencia de ser libres e iguales entre sí. De ahí que la **comunidad** ideada por Sampay se perfilara en la izquierda política pues, según la metodología crítica propuesta por Bobbio, "el criterio más frecuentemente adoptado para distinguir la derecha de la izquierda es la diferente actitud que asumen los hombres que viven en sociedad frente al ideal de la igualdad, que es junto a la libertad y a la paz, uno de los fines últimos que se proponen alcanzar y por los cuales están dispuestos a luchar".⁽³⁹⁾

Surge con nitidez el concepto de "**Constitución real**" en la visión de Sampay y su doble tipología histórica: oligárquica o democrática. La **Constitución real** es la que considera "los elementos reales que estructuran la sociedad y los propósitos que mueven a las clases componentes de la sociedad, en especial los propósitos de la clase dominante que, por lo mismo, es la que gobierna, y que, porque gobierna, maneja los bienes de la comunidad".⁽⁴⁰⁾ Por su lado, la **Constitución escrita o jurídica** es el conjunto de instrumentos legales que comienzan por la Constitución, con la que el sector social que gobierna "afianza su predominio, regula las funciones del poder que detenta y organiza las instituciones que ordenan la actividad social de la comunidad". La interrelación de ambos tipos de Constitución determina que la **Constitución real** quede definida por la clase social dominante, mientras que la escrita es el instrumento de ese sector social que transforma en legal a la Constitución real. En

.....

(38) *Ibid.*

(39) BOBBIO, NORBERTO, *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Madrid, Taurus, 1995, p. 133.

(40) *Ibid.*

suma: "el sector dominante determina las estructuras económicas y la correlativa Constitución real, y para consolidar su predominio, dicta una Constitución escrita".⁽⁴¹⁾

Es clara la fuente aristotélica en el concepto de **Constitución real** de Sampay. Decía el estagirita:

La Constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es el sector social dominante en la comunidad y de cuál es el fin asignado a la comunidad política por ese sector social dominante. Y puesto que el sector social dominante conforma el régimen político, Constitución y sector social dominante significan lo mismo.⁽⁴²⁾

Entonces, si en una comunidad predominan los "amantes de los negocios y la riqueza" —según la caracterización socrática de los "oligarcas"— y estos, como lo hacen siempre, "utilizan la hegemonía para aprovechar el trabajo de los demás y conservar, mediante la astucia y la fuerza, su situación de predominio", estaremos en presencia de una Constitución real oligárquica, cuya correlativa Constitución escrita, aun cuando proclame "promover el bienestar general", no es más que un instrumento de la oligarquía. En cambio, cuando dominan los sectores populares, y son ellos los que manejan los recursos de la comunidad con miras a lograr "el bienestar general", ese sector representa realmente al pueblo entero al realizar la justicia que todos anhelan, y su Constitución escrita será una verdadera Constitución democrática.⁽⁴³⁾

Un cambio de estructuras económicas y de Constitución real solo puede tener lugar cuando una clase sustituye a otra en el predominio político; tal proceso sustitutivo implica una etapa de transición del poder donde coexistirán y disputarán el predominio político las dos clases sociales en pugna: la que intenta imponer su predominio y aquella en trance de ser sometida, conflicto que se suscita toda vez que hay un cambio de Constitución real.

.....
(41) *Ibid.*

(42) JARAMILLO, ANA, *op. cit.*, p. 36.

(43) SAMPAY, ARTURO E., "El cambio de las estructuras económicas...", *op. cit.*

La “elasticidad” que, según Sampay, tenían los preceptos constitucionales de 1853 posibilitó el cambio de estructuras económicas sin que fuera menester un nuevo instrumento para lograrlo. El carácter “elástico” de esos preceptos se explica porque “tanto la idea de justicia que contienen, como los tipos de relación social” que reglan, “ya están determinados en forma genérica”, lo que permitía asignar un nuevo contenido a la idea de justicia y, con ello, interpretar la Constitución escrita “de modo que importe una metamorfosis radical o de *lege ferenda*”, porque el designio político que le imprima el sector social que asciende al predominio hará que la Constitución preexistente sea otra en realidad.⁽⁴⁴⁾

En cuanto al rol que le deparaba la Reforma, Sampay postuló al Estado como el “promotor del bien de la colectividad que interviene para orientar la economía conforme a un plan general de beneficios comunes”,⁽⁴⁵⁾ con esto le asignaba la dirección de la política social y económica tanto en el campo privado como en el público —incluida la nacionalización del Banco Central—, de los servicios públicos y de las fuentes naturales de energía, así como el desarrollo de actividades industriales “cuando comporten monopolios de hecho” y la estatización del comercio exterior “en la medida en que lo dispongan las leyes”.⁽⁴⁶⁾

Respecto de la relación entre sociedad y Estado, mientras que para la filosofía liberal constituyen instituciones diferenciadas, la Constitución de 1949, producto de una democracia de masas que motivó el viraje de nuestro país de un Estado abstencionista hacia un Estado social, entendió que la sociedad se organizaba políticamente en el Estado —al que Sampay concebía como “gerente del bien común”— porque sería este “el ejecutor de la apropiación de importantes llaves económicas que se encontraban en manos privadas”.⁽⁴⁷⁾

3.3. La situación internacional

En el plano internacional, tres meses antes del dictado de la nueva Constitución de 1949, la ONU daba a luz la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por otra parte, la guerra llegaba a su fin, Europa se encontraba

.....
(44) *Ibid.*

(45) *Diario de Sesiones...*, *op. cit.*, pp. 277 y 282.

(46) *Ibid.*, p. 276.

(47) SAMPAY, ARTURO E., “El cambio de las estructuras económicas...”, *op. cit.*

en proceso de reconstrucción (Plan Marshall mediante) y en Asia como en África se gestaban movimientos anticolonialistas.

Tras la monstruosa experiencia del nazi-fascismo y la conflagración mundial, se consolidaba “una conciencia más universal acerca del carácter imprescindible del derecho como única alternativa para la convivencia humana y la salvación de la civilización”, de modo que entre finales del siglo pasado y nuestros días hemos pasado desde la afirmación de los derechos —que, precisamente, Bobbio indicaba como de “segunda” y “tercera” generación respecto a los que se habían establecido en la Declaración de 1948—, a la ampliación de los mismos, lo que, como explicaba el filósofo italiano, implica el pasaje “del hombre abstracto al hombre concreto, a través de un gradual proceso de diferenciación o especificación de las necesidades, individuales y colectivas, configuradas en estos nuevos derechos para los que se exige cada día más su reconocimiento y protección”.⁽⁴⁸⁾

El mundo impulsaba la intervención económica del Estado para incentivar la producción, el consumo y la redistribución con equidad y justicia social lejos del fundamentalismo de mercado, al mismo tiempo que propugnaba el progreso social, la incorporación de las masas a la producción y al consumo, la asistencia, la previsión social y el fomento de la educación y de la cultura. Así, mientras el laborismo triunfaba en Gran Bretaña y EEUU continuaba en la línea del *New Deal*, en América Latina los gobiernos populares de Cárdenas, Vargas y Perón defendían su independencia económica, procurando el desarrollo autónomo de la región.⁽⁴⁹⁾

La Constitución de 1949 armonizaba con el movimiento constitucional y legislativo propio de la posguerra, como también con sus antecedentes latinoamericanos de entreguerra en materia de consagración constitucional de derechos económicos, sociales y culturales.⁽⁵⁰⁾

(48) 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. El autor recuerda la periodización propuesta por Norberto Bobbio en *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991, especialmente en la “Introducción”, pp. 13/24.

(49) ZAFFARONI, E. RAÚL, *op. cit.*, pp. 17/18.

(50) *Ibid.*, pp. 18/19.

Sin embargo, Zaffaroni advierte que desde mediados de los años cincuenta, el poder mundial adquirió un rostro cada vez más siniestro y la Guerra Fría sirvió de pretexto para todo, de modo que "expresar cualquier resistencia autónoma frente al capital financiero internacional, significaba resistirse en la defensa de occidente, plegarse al comunismo o convertirse en un idiota útil y obstaculizador al que era menester neutralizar o eliminar". En ese marco, "las dictaduras, las proscripciones, las torturas, los crímenes contra la humanidad, pasaban a ser detalles menores en la lucha frontal por la supuesta defensa de occidente", convirtiéndose en los "efectos colaterales de la época". La Constitución de 1949 transita así "entre esta apertura de posguerra hacia un constitucionalismo generoso como proyecto de una humanidad mejor y su repliegue hacia un dominio económico que arrasaría con todo obstáculo ético y se entiende tanto su surgimiento como la tentativa de borrarla de la historia".⁽⁵¹⁾

4. Propósitos de la Reforma constitucional. Sus aspectos más salientes

Sintetizaremos las normas que le otorgaron originalidad a la Reforma, cuya magnitud puede verse en los 80 artículos modificados, la supresión de muchos de ellos y la aparición de nuevos que, sumados al cambio en el preámbulo, hacen un total de 103 modificaciones. Sin embargo, excedería el objeto de este trabajo analizar de modo exhaustivo cada uno de los cambios trascendentales que refleja la Constitución de 1949.

La economía es un sistema de medios que carece de un fin en sí mismo y sirve para realizar los fines del hombre. Este se encuentra en oposición al concepto moderno de "capitalismo" que, en clave de Sampay, es "el orden económico cuya forma y proceso están determinados por los intereses de la propiedad, extraños a los intereses del trabajo y que se desentienden del bien de la comunidad; esto es, la prevalencia del capital en la economía, con un móvil puramente lucrativo".⁽⁵²⁾

La Reforma se proponía resolver dos cuestiones que involucraban la organización económica del capitalismo: una, de tipo político, consistía en desterrar la influencia de los poderes económicos que tienden a poner al Estado a su servicio; la otra, de tipo económico, se refería a la actividad

.....

(51) *Ibid.*, pp. 20-21.

(52) JARAMILLO, ANA, *op. cit.*, p. 17.

privada que, por ser una relación social, “no debe realizarse al margen del contralor del Estado, para no convertirse en antisocial”. En relación a esto, aparecen otros conceptos que son medulares en el pensamiento de Sampay: Estado y soberanía. El Estado es, para Sampay, una “comunidad perfecta” porque al cumplir el fin natural para el que fue creado, “es el lugar donde el hombre halla todo lo necesario para lograr su suficiencia en la vida temporal, y posee, para ese fin, un ordenamiento jurídico propio y autoridades con competencia para tomar decisiones acordes con el orden impuesto por el Estado”. La soberanía del Estado se encuentra así ligada a una situación sociológica o de hecho, pues si bien un Estado puede ser soberano *de jure*, no lo será *de facto* si sus decisiones “dependen de otro Estado u otra organización de poderes económicos supra o infraestatales”. La soberanía tiene, en suma, un sentido positivo que expresa supremacía sobre todos los que existen en su interior, y otro negativo que significa la independencia frente a otros Estados.⁽⁵³⁾

La nueva Constitución contiene, en palabras de Sampay, “sobrios preceptos tendientes a librar al país del predominio capitalista que mutilaba nuestra soberanía interna y externa, y a poner en manos del Estado la baza decisiva para ganar su legítimo señorío”.⁽⁵⁴⁾

4.1.

En líneas generales, debido al carácter “elástico” de sus preceptos, la Constitución de 1949 no alteró el estilo ni la estructura de la Constitución de 1853, lo que se aprecia desde el Preámbulo, apenas retocado para ilustrar el sentido general de la Reforma, “que consistía en la incorporación al constitucionalismo social sin alterar la estructura básica del edificio legal”.⁽⁵⁵⁾

La primera parte de la nueva Constitución argentina tiene cierta semejanza, según Sampay, “con la que le es afín en la Constitución italiana de 1947 [aprobada el 22 de diciembre], y se inspira —como esta— en la clasificación de las relaciones entre los sujetos y el Estado que a fines del siglo XIX hizo Georges Jellinek en su obra *System der Subjektiven Offentlichen Rechte*, hoy unánimemente aceptada por la doctrina jurídica universal”.⁽⁵⁶⁾

.....

(53) *Ibid.*, pp. 19/20.

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

(55) ZAFFARONI, E. RAÚL, *op. cit.*, p. 25.

(56) *Diario de Sesiones...*, *op. cit.*, p. 556.

La Carta Fundamental italiana posee una impronta filosófica, jurídica y política en la que confluyen las originales teorizaciones de las fuerzas políticas italianas de la época —desde los católicos a los comunistas, de los socialistas a los liberales y los republicanos— que se reunieron especialmente en la célebre Comisión de los 75 (por el número de sus miembros) con el fin de redactar la versión final; entre ellos, recordemos a Pietro Calamandrei, Giorgio La Pira, Palmiro Togliatti, Lelio Basso, etc. También tuvieron su influencia el *Partido d'Azione* y el joven jurista Norberto Bobbio para el cual, como para muchos de los constituyentes, los derechos de libertad y los derechos sociales debían ser constitucionalizados de manera conjunta.

El pensamiento de Bobbio se había definido tiempo atrás en dos ensayos que se remontan al inicio de su magisterio en la Universidad de Camerino, y que constituyen el comienzo tanto de lo que luego se denominará académicamente la "sociología jurídica", como también de su "filosofía política": "*La persona e la società*" y "*La persona nella sociologia contemporanea*", ambos de 1938; a estos dos escritos el propio Bobbio los considera como su formal iniciación a la filosofía política. Sendos escritos abordan la temática sobre la "persona" entendida como "valor" específico en una determinada sociedad, y por ello emplea la denominación "*persone sociali*" para caracterizar su "personalismo laico", en contraposición de cuanto ya habían elaborado en Francia Maritain y Monnier. Se trata, entonces, del concepto filosófico-político de "persona" —cuya ascendencia es neo-kantiana, particularmente ligada a Hartmann—, a partir del cual el "filósofo de la democracia" evidencia la toma de posición como militante *azionista* y su compromiso político en oposición al régimen fascista.⁽⁵⁷⁾

Debe reconocerse que los textos camertes referidos son precedentes que van a confluir en la concepción del vínculo jurídico-político entre "persona humana" y democracia como síntesis de los derechos de libertad e igualdad que provienen de la cultura del anti-fascismo italiano y que, de acuerdo con Filippi, "encontraremos muy pronto formalizada en la síntesis constitucional vertida en el célebre art. 3° de la Constitución elaborada por la constituyente de 1946" (para la cual Bobbio fue candidato no electo); en este ámbito las contribuciones de Piero Calamandrei del Partito d'Azione —junto con legisladores democristianos, liberales, republicanos y socialistas

.....

(57) FILIPPI, ALBERTO, "La filosofía política de Norberto Bobbio", en Francisco J. Roig y Alberto Iglesias (eds.), *Norberto Bobbio, Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, a cargo de Universidad Carlos III, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 157/196.

como su admirado amigo Lelio Basso— “fueron determinantes en la constitucionalización de algunas de las teorías filosóficas contenidas en las *Lecciones de filosofía del derecho*, dictadas en la Universidad de Padova durante el año académico 1942/43 (y publicadas por Giappichelli en 1945); ‘lezioni’ consideradas por su concepción de la justicia como una suerte de ‘manifiesto del Partido de Acción’, como lo reconoció el propio Bobbio evocando sus contribuciones al pensamiento de la *Resistenza* y del post-fascismo”.⁽⁵⁸⁾

De esta manera, el incipiente enfoque de los derechos humanos, unido a la evolución del constitucionalismo social, lograrán la incorporación positiva de una segunda generación de derechos (económicos, sociales y culturales), cuya consagración jurídica en los Estados estará dada por la transformación del Estado liberal en un Estado social de derecho. En la posguerra, estos derechos van a ser incluidos, junto con los derechos individuales, en la Constitución francesa de 1946, la italiana de 1947 y la alemana federal de 1949.

La Constitución que rige desde el 01/01/1948, en sus dos primeros artículos define a Italia como una “república fundada en el trabajo” donde “la soberanía pertenece al pueblo”; reconoce, además, los derechos inviolables de los hombres tanto en su aspecto individual como colectivo y exige “el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social”.

Pero es quizás su art. 3° el que mejor permite entender la vinculación de la Carta Fundamental italiana con la Constitución de 1949, pues además de consagrar la misma dignidad social e igualdad ante la ley para todos los ciudadanos “—sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”—, estatuye el deber de la república de suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de aquellos, “impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. Esto halla franco correlato en su art. 4° al reconocer sin cortapisas el derecho al trabajo e imponer, como deber del Estado, la promoción de las condiciones que hagan efectivo este derecho. A ello se adunan otras normas de profundo contenido social tales como: la protección del trabajo en todas sus formas (art. 35); el derecho a una retribución justa que asegure al trabajador y su familia mínimos estándares de vida digna: jornada

.....

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

limitada, descanso semanal y vacaciones pagas de modo irrenunciable (art. 36); la igualdad laboral de la mujer y la protección al trabajo de menores (art. 37); la asistencia y seguridad social para mayores adultos (art. 38); la organización sindical libre (art. 39); el impedimento de que la iniciativa económica privada se desenvuelva en oposición al interés social y con perjuicio a la dignidad humana (art. 41); la función social de la propiedad (art. 42); la intervención del Estado en la expropiación de empresas que exploten servicios públicos esenciales o situaciones de monopolio (art. 43); la transformación de los latifundios (art. 44); entre otras.

En suma, la Constitución italiana asume los principios del Estado social y democrático de derecho que considera al ser humano no como un individuo aislado, sino como una persona que desarrolla su personalidad dentro de una comunidad política cuya dimensión esencial es el trabajo, base de la convivencia de la República. A nuestro juicio, de ella dimana, sin hesitación y de modo incuestionable, una fuente inspiradora directa e inmediata de la Constitución de 1949.

4.2.

La coordenada principal de la Reforma estriba en las disposiciones referidas a la economía que, según Zaffaroni, "fueron la determinante de su eliminación por su obvia incompatibilidad con la marejada de poder mundial" que siguió al final de la Guerra de Corea.⁽⁵⁹⁾

Los arts. 38, 39 y 40 del texto de 1949 surgen como respuesta al carácter "anarquizante del orden social" que deriva del capitalismo moderno como contrapartida de una comunidad socialmente justa". Para Sampay, ya no era posible seguir dando cabida al prototipo del hombre burgués que mide todo con criterios económicos y se mueve "por el lucro cual fin en sí mismo, pues hace a la riqueza venero de felicidad, sin que a esas libertades se les aparejen obligaciones sociales".⁽⁶⁰⁾

La Constitución reconoce todos los derechos de la libertad personal pero, como dice el art. 35, ello no significa amparar a un habitante en detrimento de otro, razón por la que "los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre configuran delitos que serán castigados por leyes".

.....

(59) ZAFFARONI, E. RAÚL, *op. cit.*, p. 25.

(60) JARAMILLO, ANA, *op. cit.*, pp. 23/24.

Por idéntica razón, si bien reconoce la propiedad privada como derecho fundamental, la somete por medio de su art. 38 “a las obligaciones legales con fines de bien común”; es decir, tiene una función social, e “incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad”. Asimismo, establece en los arts. 39 y 40 que el capital debe estar al servicio de la economía nacional, así como también que la explotación de la riqueza “tiene por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social”; asimismo, reconoce la libertad económica de los particulares, pero desconoce la legitimidad de las ganancias usurarias.⁽⁶¹⁾

El art. 40, “el más determinante de todos”, según Zaffaroni, consagra primero la posibilidad de una intervención económica amplia del Estado,⁽⁶²⁾ en tanto el resto del texto fue “indudablemente el más decisivo factor de la tentativa de eliminación completa de la Constitución de 1949”, cuyas consecuencias más catastróficas por “su radical supresión y consiguiente indefensión del capital del Estado, se vivieron casi medio siglo más tarde”.⁽⁶³⁾

El inc. 16 del art. 68 —“... colonización de tierras de propiedad nacional y de las provenientes de la extinción de latifundios, procurando el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola...”— es “un punto neurálgico de la disputa económica, que había llegado a manchar de sangre el propio recinto del Senado Nacional en la década precedente”.⁽⁶⁴⁾

Por su lado, el inc. 5 del art. 68 estatiza los bancos oficiales —incluso el Banco Central— desde el momento en que prohíbe la asignación de ese cometido a entidades privadas.

.....

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

(62) Prescribe el art. 40 que el Estado queda facultado para “intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales”, asumiendo, además, la dirección en materia de importación, exportación y explotación de los servicios públicos; consagra también que las fuentes naturales de energía “son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación”.

(63) ZAFFARONI, E. RAÚL, *op. cit.*, p. 26.

(64) Zaffaroni alude al asesinato del senador Enzo Bordabehere, perpetrado el 23/07/1935, existiendo coincidencia en que los disparos del sicario iban dirigidos al senador Lisandro De La Torre, presidente de la comisión que investigaba los perjuicios que acarreaba para el país el comercio de carne con Inglaterra tras la firma del pacto Roca-Runciman de 1933, *ibid.*, p. 26.

El protagonismo del Estado contrasta con la filosofía del texto de 1853 que prohió un Estado neutro, contenido en un mínimo de acción, donde la **no intervención** del Estado “implica la intervención a favor del más fuerte”, confirmando la veracidad de la frase que Talleyrand usó para la política exterior: “La no intervención es un concepto difícil, significa aproximadamente lo mismo que intervención”. Es que el liberalismo “se asentaba sobre un concepto absoluto de la propiedad y sobre la creencia de que la acción privada, movida por el solo interés personal, sería capaz de generar automáticamente un orden justo”.⁽⁶⁵⁾ Afloraba así en forma prístina el basamento último de esta doctrina, es decir, la concepción “angélica” del hombre heredada de Descartes y Rousseau, según la cual si el hombre por naturaleza era bueno no podía, en el ejercicio de su libertad económica, explotar a otro hombre.

Los efectos de tal concepción política fueron penosos y tradujeron “la concentración de la riqueza en pocas manos y su conversión en un instrumento de dominio y explotación del hombre por el hombre”, de manera que mientras las potencias extranjeras “proclamaban al exterior la libertad económica para servirse de ella en su política de imperialismo y de monopolios mercantiles”, nos llevaron a nosotros “a poner en manos ajenas el usufructo de nuestras riquezas”, promoviendo de esta manera el manejo de nuestra economía desde el exterior.⁽⁶⁶⁾

De este modo, el modelo liberal de 1853 es sustituido por un modelo social y las actividades económicas son ordenadas en función de la justicia social en virtud de lo previsto en el art. 40. Según Sampay, la actividad humana en torno a la riqueza (economía) no ha de perseguir como finalidad última el lucro individual, ni la potencia del Estado, sino la justicia social, virtud moral “innegablemente cristiana”.

Este comienzo de siglo demuestra que se terminó la época en la que la política —según el esquema liberal— era considerada como un factor de “perturbación” para la economía libre, pues es verdad que hoy es esta última la que constituye un factor de “perturbación” para aquella.⁽⁶⁷⁾

.....

(65) *Diario de Sesiones...*, op. cit., pp. 269/270.

(66) *Ibid.*, p. 270.

(67) *Ibid.*, p. 277.

4.3.

Las innovaciones más importantes en materia de derechos sociales se introducen en el Capítulo III, "Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura". Con base en una frondosa legislación obrera, la Reforma llevó a la Carta Fundamental un cuerpo de disposiciones destinadas a la protección del trabajo en todas sus formas, asignándole jerarquía equivalente a la libertad, ya que es también una condición para la dignidad humana. En referencia a los derechos del trabajador, el art. 37 declara el "decálogo" de esos derechos especiales,⁽⁶⁸⁾ convirtiéndose la norma en la más innovadora pues "configura un verdadero programa de paz y progreso humano" que demanda "mayor carga de solidaridad social".⁽⁶⁹⁾

La consagración constitucional de estos derechos que, en clave de Ferrajoli, pueden ser considerados como "derechos fundamentales" y, como tales, derechos humanos, es uno de los rasgos más notables y novedosos de la Constitución, justamente por ser los derechos que:

... constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad en *droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos *excludendi alios*, de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción. Siendo así, la constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión sustancial no solo en el derecho sino también en la democracia".⁽⁷⁰⁾

(68) Tales derechos son, 1: trabajar; 2: redistribución justa; 3: capacitación; 4: condiciones dignas de trabajo; 5: preservación de la salud; 6: bienestar; 7: seguridad social; 8: protección de su familia; 9: mejoramiento económico; 10: defensa de los intereses profesionales.

(69) ZAFFARONI, E, RAÚL, *op. cit.*, p. 27.

(70) FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 23.

Por otra parte, la justicia social —virtud que requiere del propietario la gestión y el uso correcto de sus bienes— resulta para Sampay “el fiel que balancea el uso personal de la propiedad con las exigencias del bien común”. Explica el autor que en su concepto moderno:

... es una aplicación de los principios de la justicia legal a las cuestiones económicas y sociales provocadas por la intrínseca injusticia del capitalismo moderno”, y debe entenderse como “la justicia que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales, los estamentos sociales y las clases con las obligaciones individuales, moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que tienen derecho en la medida en que contribuyeron a su realización.⁽⁷¹⁾

Por lo tanto, la noción de propiedad privada y libre actividad económica, por una parte, y la de justicia social, por la otra, “son las dos columnas sobre las que se tiende el arco de la vida económica argentina”, a cuya libertad de iniciativas la Constitución de 1949 “no señala más límites que el impedimento de monopolizar los mercados, y que las ganancias no sean usurarias, vale decir, que la Constitución rechaza los beneficios injustos”. Así, entonces, se repudia la usura, lo que implica asestar un certero golpe al corazón del capitalismo moderno, es decir: la legitimación moral del lucro sin límites, pues “solo legitimando la actividad económica no usuraria podrá restablecerse el espíritu económico precapitalista o tradicionalista —así la llamaban Max Weber y Sombart, respectivamente, a la ética económica cristiana—, con lo que la riqueza quedará sometida a una función social”.⁽⁷²⁾ Con este sentido, la Reforma instaura un orden económico que, en clave de Sampay, es esencialmente **anticapitalista**.

5. El golpe civil-militar y la derogación antidemocrática de la Constitución de 1949

Los triunfos electorales de Perón dejaron en claro que era imposible para la oposición derrotarlo en las urnas, por lo que solo restaba vencerlo por las armas y al margen de la Constitución. Señala Ramos que “en ningún momento la oposición demo-oligárquica había abandonado la esperanza de

.....

(71) *Diario de Sesiones...*, op. cit., pp. 278/279.

(72) *Ibid.*, p. 279.

derrocar por la violencia al peronismo. El imperialismo usa estas máscaras para aniquilar las conquistas fundamentales realizadas por la clase obrera argentina, que demuestra hasta el crimen el designio imperialista de concluir con el 'peronismo', esto es, con la revolución".⁽⁷³⁾

El 16/09/1955 el pueblo argentino ingresó en un período sombrío de su historia debido al Golpe de Estado que derrocó al gobierno de Perón. La dictadura dictó el 27/04/1956 el bando militar abrogatorio de la Constitución de 1949, por el que se declaraba "vigente la Constitución sancionada en 1853, con exclusión de la de 1949". De esta manera, se reimplantaba una Constitución surgida bajo las circunstancias históricas reinantes en el país más de una centuria atrás. Sampay, desde su exilio en Montevideo, condenó la ilegitimidad del acto. Cooke, por su parte, diría después que "la caída de Perón significó el ingreso del país en ese orden imperial: la política internacional repudió el tercerismo y las actitudes independientes".⁽⁷⁴⁾

La derogación de los golpistas fue el paso ineludible para restituir a la oligarquía los privilegios de los que había sido despojada, lo que se explica por el repudio que los poderes económicos y las clases acomodadas profesaban tanto al líder político como a su "engendro" constitucional por la instrumentación de políticas sociales que elevaron a los trabajadores y fortalecieron los sindicatos obreros, con abierto apoyo en los sectores siempre relegados; lo mismo ocurrió con otros tantos líderes latinoamericanos que rehusaron las imposiciones de los imperialismos.

Un durísimo ataque a los sindicatos obreros y la aniquilación de la justicia social no fueron una excusa explícita de la derogación constitucional, sino un subterfugio subrepticio para ello, ya que a poco de producido el golpe de Estado se asaltaron los sindicatos para imponer dirigencias afines al nuevo régimen. El mismo general Lonardi fue desplazado rápidamente de su efímera presidencia y del poder por sus colegas de armas debido a su negativa a intervenir la CGT y el partido peronista, dos blancos principales de la autodenominada "Revolución Libertadora"; se trata de datos conocidos que ahora se corroboran gracias a los documentos rescatados de los archivos españoles por el Profesor Filippi quien, recientemente, ha

(73) RAMOS, JORGE A., *La lucha por un partido revolucionario*, Bs. As., Ediciones Pampa y Cielo, 1964, p. 18.

(74) COOKE, JOHN W., *Peronismo y Revolución*, Bs. As., Papiro, 1971, p. 68.

publicado el informe reservado enviado por Manuel Viturro —encargado de negocios de la Embajada de España en Argentina— al Ministro de Asuntos Exteriores español a escasos once días de sucedido el levantamiento militar. En dicho informe el diplomático revelaba información confidencial según la cual, entre los objetivos del levantamiento, se contaban la intervención de la CGT (cargo para el que se designaría al Luis Gay en reemplazo de Hugo de Pietro), y la restitución del diario *La Prensa* a sus anteriores dueños. Pero la realidad, lejos de esto, marcaba que “el Secretario de Pietro se afirma y robustece en su autoridad, dialoga con el Presidente Lonardi y calma a los obreros por la radio oficial como diciéndoles que sus condiciones han sido aceptadas”. Estos hechos hacían especular a Viturro sobre la existencia de una especie de pacto o armisticio presuntamente alcanzado para evitar “situaciones de violencia que obliguen a sangrientas represiones en los obreros”, aun a costa de juzgarse la actitud oficial como de excesiva prudencia o como un rasgo de debilidad; situación esta que de ningún modo desvirtuaría una revolución “profundamente antiperonista” ni a un gobierno “presidido por un General de tradición católica, con un hogar cristiano” que lideró el movimiento triunfante, hecho “bajo el signo de ‘La Cruz Vence’ y ‘La Virgen Capitana’, elementos católicos e hispanistas llamados a las más altas funciones gubernativas”.⁽⁷⁵⁾ El golpe militar que derrocó a Perón fue recibido con beneplácito por el franquismo, lo que marcó el punto culminante de degradación de las relaciones bilaterales con España.

Ahora bien, mientras en la superficie parecía reinar la calma y el clima conciliador, cientos de ex funcionarios y dirigentes gremiales eran detenidos por supuestas irregularidades, en tanto los sindicatos eran asaltados por los activistas autodenominados “democráticos” que respondían a los partidos tradicionales.⁽⁷⁶⁾ Tras el golpe militar, las agrupaciones sindicales “democráticas”, junto con grupos de choque denominados “comandos civiles”, ocupaban por la fuerza una cantidad considerable de locales sindicales; por las

(75) “Documento 29: Manuel Viturro [El primer informe político reservado sobre el golpe militar de septiembre de 1955 que llevó al poder al general Eduardo Lonardi enviado por el encargado de negocios de la embajada de España en Argentina al Ministro de Asuntos Exteriores, Bs. As., 27/09/1955]”, en FILIPPI, ALBERTO (dir.), *Argentina y Europa. Visiones españolas, ensayos y documentos: 1910-2010*, Bs. As., Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, 2011, pp. 481/482.

(76) Los socialistas actuaban a través del denominado Comité Obrero de Acción Sindical Independiente (COASI), mientras que los comunistas controlaban el Movimiento Pro Democratización e Independencia de los Sindicatos.

noches, estos grupos ingresaban violentamente a los sindicatos, desalojaban a los ocupantes y designaban autoridades provisionales.⁽⁷⁷⁾

El 13/11/1955 Lonardi fue reemplazado por el general Pedro E. Aramburu, quien rápidamente procedió a dictar el decreto 3855/1955 disolviendo al Partido Peronista en sus dos ramas. El ataque al movimiento obrero y sus organizaciones no se hizo esperar. Los llamados “gremialistas democráticos”, con el apoyo de grupos paramilitares, se lanzaron a ocupar el edificio de la CGT, mientras que los sindicatos leales llamaron a un paro a solo dos días de asumido el nuevo gobierno por el desconocimiento de los acuerdos arribados con Lonardi. Por el alto acatamiento del paro en el sector industrial, la respuesta de Aramburu fue desatar una dura represión declarando ilegal el paro. Se intervino la CGT, cuyos directivos fueron encarcelados, y se formó una Comisión para investigar a los gremialistas.⁽⁷⁸⁾ Unos doscientos dirigentes gremiales fueron recluidos en el penal de Ushuaia, y todo aquel que hubiera participado en el gobierno peronista quedó inhabilitado para ocupar cargos gremiales (medida que afectó a unos cien mil dirigentes sindicales).⁽⁷⁹⁾ El claro impulso de la política antiobrera de los golpistas incluyó: la proscripción de dirigentes sindicales peronistas; la nulidad y disolución de las comisiones internas; la designación de delegados de fábrica por parte del Ministerio de Trabajo; el nombramiento de interventores militares en numerosos sindicatos; la derogación de la Ley de Asociaciones Profesionales; y la sanción del decreto 7107 de abril de 1956 que excluía de cualquier actividad a todos los que se hubieran desempeñado en la conducción de la CGT o sus sindicatos entre febrero de 1952 y septiembre de 1955.⁽⁸⁰⁾

De esta manera, comenzaba una de las etapas más heroicas del movimiento obrero: la **resistencia peronista**. Los trabajadores mostrarán un elevado espíritu combativo con el cual responderán a la salvaje política represiva impuesta por el gobierno de Aramburu y Rojas, quienes suscribirían luego —el 05/03/1956— el decreto 4161/1956 que estipulaba la prohibición de toda

(77) RODRÍGUEZ LAMAS, DANIEL, *La Revolución Libertadora*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1985, pp. 109/110.

(78) *Ibid.*, pp. 118/121.

(79) GASPARRI, MARIO y PANELLA, CLAUDIO, *El Congreso Normalizador de la CGT de 1957*, Bs. As., Corregidor, 2008, p. 13.

(80) CERUTI, LEÓNIDAS, “Los fusilamientos en los basurales de José León Suárez”, [en línea] <http://www.ctarosario.org.ar/article266.html>

utilización o reproducción de “imágenes, símbolos, signos, expresiones significativas, doctrinas, artículos y obras artísticas” vinculados al peronismo.⁽⁸¹⁾

El gobierno militar intentó neutralizar la resistencia popular con una medida drástica que consistía en atentar contra la vida de Perón en el exilio. El 25/05/1957, en Caracas, explotó un artefacto en el automóvil (Opel) de Perón, quien no iba a bordo, salvando milagrosamente su vida el chofer Gilaberte. La cancillería venezolana declaró en un comunicado “*persona no grata*” al embajador argentino Toranzo Montero por “existir fundados indicios de que en la sede de la Representación Diplomática de la República Argentina se han venido fraguando sucesivos atentados contra la vida de refugiados políticos que en nuestro país se acogen al derecho de asilo territorial”;⁽⁸²⁾ a raíz de esto, el aramburismo rompió relaciones diplomáticas con Venezuela y el embajador debió abandonar el país. Si bien Perón culpó del atentado al embajador, existe coincidencia en que se trató de una misión encargada por la dictadura a la misma dupla a la que se le había encomendado el “traslado” clandestino del cadáver de Evita al cementerio mayor de Milán bajo el falso nombre de María Maggi de Magistris, es decir: el coronel Héctor Cabanillas y el sargento primero Sorolla quien, fingiendo ser Carlos Maggi (supuesto hermano menor de la difunta enterrada en Milán) y mecánico de oficio, supo granjearse la confianza de Perón, por lo que pudo contar con acceso irrestricto al vehículo en cuestión.⁽⁸³⁾

Recién con la ley 14.444 del 26/06/1958, impulsada por Frondizi en cumplimiento de los acuerdos previos con Perón, quedarían derogados los decretos-leyes 4161/1956, 4258/1956, 7107/1956 y 22.490/1956.⁽⁸⁴⁾ El gobierno

.....

(81) El decreto consideraba como especialmente violatoria de tal disposición la utilización de fotos o “retratos de los funcionarios peronistas o sus parientes, el escudo y la bandera peronista, el nombre propio del presidente depuesto, el de sus parientes, las expresiones ‘peronismo’, ‘peronista’, ‘justicialismo’, ‘justicialista’, ‘tercera posición’, la abreviatura ‘PP’, las fechas exaltadas por el régimen depuesto, las composiciones musicales ‘Marcha de los Muchachos Peronistas’ y ‘Evita Capitana’ o fragmentos de las mismas, y los discursos del presidente depuesto o su esposa o fragmentos de los mismos”.

(82) PERÓN, JUAN D., *Los Vendepatria. Pruebas de una traición*, Bs. As., Liberación, 1958, pp. 224/225.

(83) MARTÍNEZ, TOMÁS E., “Cómo se salvó Perón del ataque en Caracas”, en *Diario La Nación*, 31/07/2002, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/418282-como-se-salvo-peron-del-ataque-en-caracas>

(84) ÁLVAREZ RIPALTA, ADRIÁN, *Arturo Frondizi. La doble vía del peronismo*, 2001, libro electrónico disponible en www.quedeibros.com

militar había fracasado en la tarea de constituir una CGT adicta —la recuperación de la CGT se logrará recién durante el gobierno de Guido en 1963—; no obstante esto, los militares estaban decididos a impedir que su conducción recayera en manos peronistas, tal como lo reconocía el Ministro de Marina, contraalmirante Teodoro Hartung, cuando expresaba que: “La CGT tendrá que aprender a elegir las personas que nosotros queremos para futuros dirigentes de los gremios. Hasta entonces, no habrá elecciones de ninguna clase”.⁽⁸⁵⁾

Acaso la caída de Perón se pueda explicar en la obstinada pretensión argentina de encontrar “su lugar bajo el sol”, en el abandono del modelo liberal y el afianzamiento de la independencia económica, la soberanía política y la justicia social.⁽⁸⁶⁾ Para Perón quedaba claro que el golpe de Estado había respondido a los intereses extranacionales como reacción de la oligarquía imperialista argentina al servicio de la plutocracia internacional.⁽⁸⁷⁾

En julio de 1957, decía Cooke:

El Gobierno de ocupación espera consagrar constitucionalmente el retorno al coloniaje. Lo grave para nosotros no es esta pretendida legalización, sino el hecho real y concreto de la pérdida de la soberanía, la libertad y la independencia; y hacer el juego a los intereses foráneos consiste, precisamente, en aceptar que la voluntad de los déspotas pueda invalidar la Constitución de 1949.⁽⁸⁸⁾

Entretanto, la dictadura formalizaba el ingreso al Fondo Monetario Internacional y se tomaba el primer empréstito con el Club de París; un

(85) BERAZA, LUIS F., *José Ignacio Rucci*, Bs. As., Vergara, 2007, p. 52, citado por Cecilia González Espul, “El Congreso Normalizador de la CGT de 1957 y la participación del Sindicato de la Madera”, [en línea] <http://www.rebanadasderealidad.com.ar/espul-09-13.htm>

(86) El autor reproduce el artículo publicado por el semanario *Jours de France* el 08/10/1955, que expresaba: “Uno de los factores pocos conocidos de la caída de Perón es la industrialización del país. Esto significaba un perjuicio considerable para los tejidos británicos, cuyas exportaciones a la Argentina disminuían visiblemente. Estados Unidos, por su parte, no veía con buenos ojos el ejemplo dado a los otros países latinoamericanos por este dictador, socialista efectivo, que se preocupaba por dotar a su país de una industria adecuada a sus necesidades. El malestar británico se transformó en hostilidad declarada cuando se comprendió que Perón se preparaba a explotar las enormes reservas petrolíferas del subsuelo argentino”, en PERÓN, JUAN D., *op. cit.*, p. 72.

(87) *Ibid.*, pp. 160/163.

(88) COOKE, JOHN W., “Artículo de John William Cooke en la publicación clandestina Palabra Argentina en julio de 1957, donde denuncia la derogación ilegal de la Constitución de 1949”, en Eduardo Luis Duhalde (comp.), *John William Cooke, Obras Completas*, Bs. As., Colihue, 2007, [en línea] http://archivohistorico.educ.ar/sites/default/files/VIII-%2004_0.pdf

alineamiento por el cual el país dejaba de ser libre, justo y soberano para subordinarse a un circuito financiero que fomentaba la dependencia, la injusticia y el sometimiento.

Las razones formales aducidas en el bando derogatorio del 27/04/1956 fueron las de restablecer el goce de la libertad, la libre expresión y la falta de discusión por el pueblo de la Reforma constitucional, cuyo objetivo fue la reelección indefinida de Perón, por lo que era imperativo “devolver al pueblo el pleno goce de las instituciones”, motivos que, a nuestro juicio, resultan dudosos y cuestionables pues, en esencia, los planes del gobierno militar exigían el retorno al modelo político-económico de 1853. Se ha dicho que a través de la invocada “redemocratización” operaba una restauración de los grupos dirigentes hechos a un lado por Perón, en la que los “dueños del país” volvían a tomar en sus manos las riendas del Estado.⁽⁸⁹⁾

Debemos recordar que una vez instalado en el poder, el gobierno militar requirió los servicios de Raúl Prebisch, a quien se le encomendó la elaboración de un informe económico sobre la situación del país. En dicho informe, Prebisch sostuvo que la Argentina “atravesaba por la crisis más aguda de su desarrollo económico; más que aquella que el presidente Avellaneda hubo de conjurar ahorrando sobre el hambre y la sed, y más que la del 90 y que la de hace un cuarto de siglo, en plena depresión mundial”.⁽⁹⁰⁾ En consonancia con ello, el 27/10/1955 la agencia *United Press* transmitía profusamente al mundo el informe de Prebisch mediante un cable intitulado “La Argentina encara la peor crisis económica de su historia”.⁽⁹¹⁾

Aunque el factor económico obró como publicitado pretexto para justificar el derrocamiento de Perón, cabe poner de relieve que tras el declive económico que afectó al país durante el bienio 1951-1952, hacia 1954 la economía comenzaba a recuperarse de manera notoria y el nivel general de la actividad económica estaba otra vez en alza. Cabe señalar que “al desper-

(89) ROUQUIÉ, ALAIN, *Poder militar y sociedad política en Argentina*, Bs. As., Emecé, 1981, p. 130.

(90) Sobre Prebisch y su relación con los golpistas, ver JAURETICHE, ARTURO, *El Plan Prebisch: Retorno al coloniaje*, Bs. As., A. Peña Lillo Editor, 1973.

(91) El texto del cable exponía: “Argentina se halla en la peor crisis económica de su historia, mucho más grave que las sufridas en 1890 o en 1931, dice el economista argentino doctor Raúl Prebisch, Secretario General de la CEPAL, en un estudio presentado al gobierno, donde presenta la primera parte de un estudio y se refiere solo a la situación económico-financiera en que el ex presidente Perón dejó al país”; dicho informe fue calificado por Perón como absolutamente falso y tendencioso, PERÓN, JUAN D., *op. cit.*, p. 7.

tar 1955 la Argentina no solo había superado dificultades de índole socio-económico, sino que daba indicios de una mejor situación en el futuro inmediato. El panorama económico era alentador, la balanza comercial era favorable, y los índices inflacionarios habían evidenciado una merma considerable”;⁽⁹²⁾ para ilustrar esto, basta decir que en 1954 y 1955 se alcanzó los niveles de crecimiento del PBI más altos en lo que iba del siglo XX, así como la mayor participación porcentual del salario de los trabajadores en el ingreso nacional (50,80% en 1954), guarismo que a la fecha no ha sido superado.⁽⁹³⁾

Para Zaffaroni, a la Constitución de 1949 “se la quiso borrar de la historia”, y por vez primera en el país, un decreto emitido en función de dudosos poderes revolucionarios derogó una Constitución Nacional en un acto cuya aberración “trasciende su propio alcance inmediato y proyecta su sombra nefasta sobre las décadas posteriores”. Vale aclarar que no se la pretendió derogar y borrar por defectos formales de convocatoria, ni por la reelección presidencial;⁽⁹⁴⁾ bastará, entonces, con repasar sus arts. 38, 39 y 40

.....

(92) RODRÍGUEZ LAMAS, DANIEL, *op. cit.*, p. 50.

(93) BASUALDO, EDUARDO M., “Concepto de patrón o régimen de acumulación y conformación estructural de la economía”, en *Maestría en Economía Política Argentina. Área de Economía y Tecnología de la FLACSO*, marzo, 2007.

(94) La voluntad de Perón de postularse a su reelección no suscita consenso entre los estudiosos, si bien existe acuerdo en que figuras como Mercante o Bramuglia eran sus potenciales competidores en los comicios de 1951. En su mensaje al Congreso del 01/05/1948, Perón se refirió al impedimento hasta entonces vigente de la reelección inmediata: “Creo que la prescripción existente es una de las más sabias y prudentes de cuantas establece nuestra Carta Magna (...) No hay recurso al que no se acuda, lícito o ilícito; es escuela de fraude e incitación a la violencia (...) En mi concepto, tal reelección sería un enorme peligro para el futuro de la República”. Hay quienes sostienen que Perón tanteó a Mercante con la idea de la sucesión presidencial (ver MERCANTE, DOMINGO A., *Mercante: El corazón de Perón*, Bs. As., de La Flor, 1995, p. 122) y este, ingenuamente, admitió que lo seducía la idea de sucederlo (VIAU, SUSANA, “Nadie llega a presidente dando lástima”, en *Clarín.com*, 08/08/2012). Al respecto, Miguel Bonasso (*El presidente que no fue. Los archivos ocultos del peronismo*, Bs. As., Planeta, 1997) dice que Perón había salido al cruce de las acusaciones reeleccionistas, manifestándose contrario a la eliminación del art. 77 que impedía la reelección: “En mi concepto, tal reelección sería un enorme peligro para el futuro político de la República”, diría a su círculo de poder, y remataría: “yo dejaría todo como está”. Los historiadores se dividen en torno a creer o no esta aparente indiferencia de Perón; para la mayoría de ellos, el conductor negaba la posibilidad para que se creyera exactamente lo contrario (según el artículo de GRONDONA, MARIANO, “La hoja de ruta para la oposición”, en *Diario La Nación*, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/807833-la- hoja-de-ruta-para-la-oposicion%29>, Perón explicó en su exilio de Puerta de Hierro: “Cuando quiera algo, nunca lo proponga. Haga que otros lo propongan, ofreciendo, incluso, cierta resistencia. No demasiada, por supuesto”), mientras que para los menos, el líder no estaba interesado en una nueva candidatura, a la que finalmente accedió merced a la acción de Evita. El 11/01/1949 Perón leyó y comentó a los convencionales peronistas el Proyecto oficial de reforma. Al leer el artículo referido a la reelección inmediata, el Presidente reiteró su oposición, aunque esta vez puso

"para descubrir la determinante de la pretensión de suprimirla de la memoria de todos los argentinos y para convencerse de que, al margen de la buena o mala fe o de la ingenuidad de muchos, su supresión autoritaria fue un capítulo más de una decisión hegemónica planetaria".⁽⁹⁵⁾

6. Consideraciones finales

Este breve recorrido por el pensamiento de Arturo Sampay nos permite comprender la vigencia que mantienen los principales postulados de la Constitución de 1949 en el marco de nuestra realidad actual: ayer como hoy, la disyuntiva no se planteaba entre economía libre o dirigida, sino en quién manejaría la economía y con qué fin. En ese sentido, la Constitución de 1949 instauró una organización social superadora de la república liberal ideada en 1853 mediante la introducción de normas que motivaron sustanciales reformas en diversos campos.

En lo político, el elitismo decimonónico fue reemplazado por la democracia de masas. El vigor del Poder Ejecutivo, elegido en forma directa, contribuyó a erradicar las prácticas del fraude electoral dando paso al veredicto popular. Se incorporó el voto femenino, al que se sumó el derecho al sufragio en los "territorios nacionales" previo proceso de provincialización, lo que permitió integrar mayor cantidad de población al ejercicio de los derechos políticos.

.....

objeciones personales: "Aquí el partido, aún contra mi voluntad, ha colocado la reelección en el proyecto. Es indudable que doctrinariamente corresponde que sea así. A mí me han convencido a este respecto (...) porque si el pueblo elige, debe elegir sin ninguna limitación. Ahora, bajo el aspecto personal, se imaginarán que yo reservo opinión en lo que a mí se refiere. Yo no solo no voy a aceptar una segunda presidencia, sino que no creo que quede en condiciones de aceptar una reelección (...) Creo que en nuestro movimiento hay hombres capaces, que pueden reemplazarme con ventaja". (ROSA, JOSÉ M., "La Reforma constitucional", 12/03/2014, [en línea] <http://bibliotecajosemariarosa.blogspot.com.ar/2014/03/la-reforma-constitucional.html>). Según Rodolfo Decker, figura histórica del peronismo y testigo de estos hechos, Perón no estaba interesado en un segundo mandato presidencial, lo que habría alentado las esperanzas de un grupo "evitista" (entre los que figuraban Héctor Cámpora, José Visca, Rodolfo Valenzuela y otros) que apostaba a la candidatura de Eva, aunque ella misma se ocupó de desbaratar tales expectativas y mantuvo que Perón debía ser presidente otra vez, sobre todo cuando comenzó a desconfiar de las intenciones de Mercante (ZANATTA, LORIS, *Eva Perón. Una biografía política*, Bs. As., Sudamericana, 2011) a quien le manifestó con severidad: "convénzase que el General quiere la reelección (...) Tenemos que hacerlo presidente de ahora para siempre" (MERCANTE, DOMINGO A., *op. cit.*, p. 123), lo que se concretó con el "renunciamiento histórico" del 03/08/1951 que algunos adjudican al veto de las Fuerzas Armadas a su potencial candidatura (SANTOS MARTÍNEZ, PEDRO, "La Nueva Argentina", en Félix Luna (dir.), *Memorial de la Patria*, t. 1, Bs. As., Ed. La Bastilla, 1976). Según una de las biógrafas de Eva, la "caída de Mercante dejó un vacío que solo Evita podía llenar" (NAVARRO, MARYSA, *Evita*, Bs. As., Corregidor, 1981).

(95) ZAFFARONI, E. RAÚL, *op. cit.*, pp. 16/17.

En lo económico, la idea individualista fue sustituida por designios colectivos que apuntaron a la justicia distributiva, definiendo la función social del capital, del campo, de la propiedad, del trabajo e incluso del Estado, reservándole nuevos roles como "gerente del bien común; todo esto, en un marco de nacionalización de las riquezas estratégicas, los servicios públicos esenciales, el sistema financiero, el Banco Central y el comercio exterior, llaves maestras de la economía que, hasta ese entonces, ostentaban la impronta del colonialismo británico.

Los derechos sociales tuvieron consagración expresa con la incorporación del decálogo de los derechos del trabajador, los cuales adquirieron categoría de "derechos fundamentales". En clave de Ferrajoli, estos son "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar"; para él, están "adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar" y corresponden a la primera clase de derechos en la distinción cuatripartita que formula el autor, es decir: los "derechos humanos" que, por ser tales, "forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamar[á] dimensión 'sustancial' de la democracia, previa a la dimensión política o 'formal' de esta".⁽⁹⁶⁾ La constitucionalización de los derechos sociales se justifica, además, en "la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable al sistema de las garantías tradicionalmente predisuestas para la propiedad y la libertad, [que] representan, en efecto, no solo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio",⁽⁹⁷⁾ así como también se justifica en las enseñanzas del maestro Filippi acerca de los costos de los derechos sociales, los cuales resultan superiores a los gastos que pudieran derivarse de su violación.

En ese amplio y profundo espectro de reformas quedaron plasmadas las claves de la concepción doctrinaria y filosófica de Sampay, cuyos principios mantienen una actualidad incuestionable, perdurando en el ideario popular y, sobre todo, en la conciencia de los trabajadores.

Lamentablemente, Sampay fue silenciado y la Constitución de 1949 borrada de los programas de estudio y omitidas por los catedráticos, sin que se la

.....

(96) FERRAJOLI, LUIGI, *op. cit.*, pp. 37, 40 y 42.

(97) *Ibid.*, p. 16.

recordara siquiera como un acontecimiento histórico. Varios constitucionalistas de nota predicaron su inexistencia y, de esa manera, el derecho constitucional argentino perdió calidad y retrocedió en su evolución.

Al elaborar las teorías que forjaron la arquitectura estratégica de la Constitución social de 1949, Sampay propició que la justicia social recompense el esfuerzo de los más débiles en una concepción que podríamos llamar "**bobbiana**", la cual no se agotaba en un sentido meramente económico, sino que se vinculaba con la "emancipación del hombre respecto de todas sus servidumbres históricas" con una proyección colectiva reformista que bien puede ajustarse a la idea del socialismo liberal de Bobbio. La Constitución de 1853, verdadero talismán del individualismo liberal que permitía conservar los espacios de poder ganados a costa de la explotación obrera y la extranjerización de nuestras riquezas, fue blanco de severas críticas para quienes, como Sampay, querían fundar un nuevo orden jurídico con eje en la felicidad del hombre proyectado en la sociedad, en un orden económico sustentado por la justicia social y custodiado por el Estado; en el afianzamiento de la conciencia nacional como defensa de nuestra soberanía política tantas veces permeada por el imperialismo, y en el diagrama de una política tendiente al retorno a la tierra, marcándose así lo que la agudeza de Portantiero calificaba como "repugnancia real, una antinomia casi imposible de conciliar" entre los modelos social y liberal de la época, "reforzada con la aparición del peronismo".⁽⁹⁸⁾

Sampay nos ha dejado con su obra aplicada a la Reforma el objetivo propuesto, esto es: el acceso al poder de los sectores populares y la liberación del país del imperialismo a través de la nacionalización del manejo de los recursos financieros, naturales, y productivos; esto, con el fin de planificar un desarrollo autónomo de la economía que concediera bienestar para todos los miembros de la comunidad, concretando así la revolución social o, en sus palabras, la "revolución de nuestro tiempo", la cual "se opera en la medida que la mayor cantidad posible de esclavos mecánicos sustituya a las personas humanas en el proceso de producción", por lo que "el motor de la extraordinaria revolución de nuestro tiempo es la producción energética".⁽⁹⁹⁾

Concluimos, entonces, que la verdadera causa de la derogación constitucional de los golpistas fue la aniquilación del tan innovador andamiaje de

(98) FILIPPI, ALBERTO, "Introducción Histórica", *op. cit.*, pp. 46/47.

(99) JARAMILLO, ANA, *op. cit.*, pp. 203/207.

justicia social que contenía la Constitución de 1949 y que implicó el ascenso de la clase trabajadora a los círculos del poder integrándose así a la clase dominante que, en términos de Sampay, trasunta la "Constitución real" del país. Los trabajadores, organizados en sindicatos poderosos y representativos, adquirieron de esta forma la libertad necesaria para constituirse en un factor de poder determinante con todas las consecuencias que de ello derivan. Porque sabemos, como enseña Bobbio,⁽¹⁰⁰⁾ que "quien adquiere la libertad también adquiere el poder. Quien pierde poder, pierde también libertad", así como también que "toda lucha por la libertad es también lucha por el poder" y que en tanto mayor sea la libertad, mayor será el poder que se tenga. Es que, en rigor, el reconocimiento y fortalecimiento de los derechos de la persona que expresa la Constitución de 1949 son fuente de la autonomía de la persona que le permite integrar, con mayor vigor, los sujetos colectivos en los que se involucra y la comunidad a la que pertenece; esto, según la fórmula de Bobbio, debe denominarse "democracia integral" en cuanto es síntesis del ejercicio efectivo de los "derechos de libertad" y de los "derechos sociales"⁽¹⁰¹⁾ en un marco de "centralidad de los derechos humanos como condición indispensable para la realización de la justicia y de la paz"⁽¹⁰²⁾ y, también, en consonancia con el concepto de Salvemini de democracia como valor, como "ideales democráticos, es decir, la justicia social, la superación de la explotación y de la opresión, el respeto universal de los derechos humanos y la paz".⁽¹⁰³⁾

El advenimiento de la clase trabajadora al poder y su consagración como grupo dominante en el marco de la Constitución de 1949 pueden leerse como un llamado a la defensa de los derechos del hombre y de los pueblos que, según Lelio Basso, deben entenderse como reconocidos y tutelados en continuidad con la concepción "constituyente" de la persona humana como sujeto de derecho de los individuos y de los "pueblos"

(100) FILIPPI, ALBERTO, "La construcción histórica de los derechos: desde los pueblos indígenas a los mestizajes de origen ibérico", en *Primer Encuentro Latinoamericano de los derechos de los pueblos indígenas*, Bs. As., Ministerio Público de la Defensa, 2009/2010, p. 17, citado en BOBBIO, NORBERTO, "Voz 'democrazia'", en Ángelo d'Orsi (comp.), *Alla ricarca della politica. Voci per un Dizionario*, Turín, Bolatti Boringhieri, 1995.

(101) FILIPPI, ALBERTO, "Las peculiaridades históricas de las transiciones democráticas: el legado de Lelio Basso en Sudamérica y en sus archivos de Roma", en *Jueces para la democracia*, n° 77, Madrid, julio, 2013, pp. 109 y 116.

(102) FILIPPI, ALBERTO, "La filosofía política de ...", *op. cit.*, p. 162.

(103) *Ibid.*, pp. 178/179.

(en cuanto comunidades de múltiples personas organizadas en sociedad). Esto, en una transición de los derechos de las personas a los derechos de los pueblos que extiende así a nuevos sujetos colectivos y comunidades la titularidad de los derechos que se hubieran reconocido como "derechos humanos" a la persona individual. Se trata, en definitiva, de una concepción de la "persona" que se encuentra potenciada en Basso con su ideal socialista de la emancipación de las clases trabajadoras, de los grupos subalternos y de los jurídicamente más débiles.⁽¹⁰⁴⁾

Arturo Sampay murió el 14/02/1977. En 1983, cuando el país recuperó la democracia, no retornó a la Constitución de 1949. Más tarde, en 1994, merced de un pacto político que aún hoy es cuestionado y criticado, se acordó una Reforma constitucional que ignoró olímpicamente su existencia misma.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, y teniendo en cuenta que la Constituyente de 1949 fue convocada antes de proclamarse en las Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, compartimos el criterio expuesto por Vior según el cual "la redacción de los derechos especiales como derechos humanos fue una obra específicamente argentina", razón por la que "los derechos humanos tienen varias fuentes y orígenes y no solo la tradición del pensamiento liberal anglosajón y francés". De ahí que la Constitución de 1949 "debe ser recuperada en pie de igualdad como una fuente más para el estudio de las constituciones argentinas y como fuente de doctrina constitucional al mismo nivel que la Constitución de 1853/60". A la luz de lo expuesto, tanto su derogación como la Reforma constitucional de 1957 aparecen viciadas de ilegalidad e ilegitimidad, en tanto "la Convención de 1994 debería haber considerado el texto de 1949 como uno de los antecedentes a tener en cuenta para su obra".⁽¹⁰⁵⁾

La enseñanza jurídico-política de Sampay nos sigue recordando, a modo de demanda histórica, que mantenemos una deuda constitucional para poder consolidar la democracia de los derechos, de la libertad y de la igualdad.



.....

(104) FILIPPI, ALBERTO, "Las peculiaridades históricas...", *op. cit.*, p. 112.

(105) VIOR, EDUARDO J., *op. cit.*

Cuando hacer justicia no es solo hacer derecho

ANABELLA C. LUCARDI⁽¹⁾



1. Introducción

El presente artículo se propone construir un relato —a través del análisis del estado del arte en la materia, pero también haciendo uso de cruces intertextuales con la literatura— cuyo objetivo es caracterizar la función del juez de un estado democrático de derecho y la sentencia judicial, a partir de una teoría crítica del derecho, y teniendo en cuenta una perspectiva narrativista.

Dicho ello, avanzaré en tres aspectos que, enlazados, constituirán la unidad del trabajo. Por un lado, practicaré la revisión de una porción del estado del arte, que a menudo se presenta inalcanzable por su magnitud, pero que a los efectos de este artículo circunscribiré a la bibliografía específica a fin de evitar la frustración de la página en blanco que, aún poblándose de palabras, representa una amenaza latente para quién emprende la inquietante tarea de leer y conocer.

En este sentido, seleccioné los trabajos de Alicia Ruiz “La Ilusión de lo Jurídico”, Parte II de Aspectos ideológicos del discurso jurídico en *Materiales para una teoría crítica del derecho*; “Del imposible acto de juzgar”, contenido en la obra *Idas y Vueltas. Por una teoría crítica del derecho*; y “La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho”. De Carlos

.....

(1) Abogada (UBA), especialista en Derecho Administrativo. Maestranda en Administración y Políticas Públicas Universidad de San Andrés. Alumna de la Especialización en Magistratura.

Cárcova, *Las teorías jurídicas post positivistas*, en particular los capítulos "Ficción y verdad en la escena del proceso"; "Qué hacen los jueces cuando juzgan" y "Sobre el razonamiento judicial". Finalmente, de Hayden White, *El contenido de la forma*, concretamente su primer capítulo, "El valor de la narrativa en la representación de la realidad".

En segundo lugar, aunque no necesariamente en el orden que a continuación se enumera, abordaré los conceptos de "derecho", "sentido", "narración", "paradoja", "ficción", "ideología", "discurso jurídico" y "discurso de los hechos", en función de la lectura de los trabajos de los autores ya reseñados, entre otros.

Por último, introduciré en este trabajo la perspectiva adoptada por Umberto Eco en *Seis paseos por los bosques narrativos* acerca de lo real en el relato narrativo, la lógica de la suspensión de la incredulidad en el marco del **pacto ficcional**, y el valor de la verdad y de la confianza en los mundos reales y en los mundos narrativos.

Los próximos capítulos tendrán como objetivo entonces, primero, contextualizar el análisis acerca del rol del juez y la sentencia, en la concepción del derecho como discurso legitimante del poder, a la vez discurso social, en cualquier caso opaco. Segundo, desarrollar la hipótesis que pone en crisis la figura del juez como un ser objetivo, imparcial, neutral y despojado de su propia historia, vivencias, pertenencia de clase, creencias, prejuicios, experiencias, y reconocer más bien, y utilizando palabras de Ruiz, que en el imposible acto de juzgar, cada uno de esos elementos se filtra por finas grietas y forma parte del resultado final junto con el discurso de los hechos y el derecho. Y tercero, formular algunas consideraciones sobre la sentencia judicial, partiendo de la base de considerarla un elemento del discurso jurídico, y no estrictamente una simple subsunción, situándola nuevamente como producto social y poniendo en debate su pretensión de verdad.

2. El rol de la teoría crítica y los múltiples sentidos del discurso del derecho

Si uno no indagara más allá de lo claramente visible, de la apariencia, del maquillaje de las palabras y las formas, el discurso del derecho aparece como racional, ordenado, coherente y transparente. Sin embargo, el discurso del derecho es opaco y paradójico, y casualmente estas características son las que nos impiden conocer sus múltiples sentidos y la variedad de funciones que cumple. El derecho es un discurso social que tiene el poder de legitimar y

transformar las relaciones de poder existentes en un tiempo histórico determinado. Sin embargo, este reconocimiento no surge de manera palmaria, y la elaboración teórica en torno a esta temática pudo, no sin batallar, hacer visibles los sentidos ocultos y develar la ficcionalidad del derecho.⁽²⁾

Centralmente, este capítulo intentará abordar algunas nociones claves que nos permitan justificar la afirmación que contiene el párrafo anterior. Citamos a Ruiz, aunque en forma extensa, porque expresa de manera indubitable y sintética el abordaje de las categorías que resultan fundamentales, y porque nos permitirá luego desgranar una idea general en unidades analíticas menores.

El derecho se presenta como un discurso social que es más que norma. Un discurso que, al mismo tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para la transformación de esas relaciones. Un discurso cargado de historicidad y de ideología, pero que no reproduce en forma mecánica la organización de la sociedad. Un discurso, cuya porción más oculta y negada, se juega en el imaginario colectivo, donde las creencias, los mitos y las ficciones forman una red simbólica que da sentido a actos reales de individuos y grupos. Un discurso que instituye a los sujetos y los ordena. Un discurso que remite al poder y, en última instancia a la violencia.⁽³⁾

En forma nodal, "el derecho es el discurso legitimante del poder en el Estado moderno".⁽⁴⁾ En ese marco, el discurso jurídico "constituye una red racional de ficciones, mitos y creencias, a partir de la cual el orden oculta al poder",⁽⁵⁾ donde la ley, como producto del discurso jurídico, encarna el poder, pero a su vez lo reconfigura, ocultando su costado más violento, normalizándolo. Las leyes, además, son expresiones de lo jurídico como práctica social discursiva.⁽⁶⁾ A su vez, lo que la ley, como producto del derecho hace, es aplicar

(2) RUIZ, ALICIA, "Del imposible acto de juzgar", en *Idas y Vueltas. Por una teoría crítica del Derecho*, Bs. As., Editores del Puerto, 2001, p. 30.

(3) *Ibid.*

(4) RUIZ, ALICIA, "La ilusión de lo jurídico", en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1991, p. 169.

(5) *Ibid.*, p. 176.

(6) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, "Ficción y Verdad en la escena del proceso", "Qué hacen los jueces cuando juzgan" y "Sobre el razonamiento judicial", en *Las Teorías Jurídicas post positivistas*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007, p. 163.

actos de fuerza, condensando en esos actos la violencia, y lo que es clave, ocultándola. El derecho legitima la violencia que el Estado monopoliza.⁽⁷⁾

Este mecanismo, que involucra al Estado (y por ende al poder y a la violencia), al derecho y a la ley, desnuda el hecho de que el derecho construye una ilusión que desplaza a la realidad y se presenta como real, pero que no es real,⁽⁸⁾ de ahí el concepto del discurso del derecho como discurso paradójico y la relación entre el derecho y el mito, o más bien del derecho en el lugar de mito en la modernidad, distanciándolo de las coyunturas sociales y políticas que le dieron origen. El lugar de la ilusión que construye el derecho es, a su vez, completado con el rol de las ficciones que, como se verá más adelante, actúan como supuestos legitimatorios del derecho.

Volviendo a la cita de Ruiz y al hecho de que “las ficciones forman una red simbólica que da sentido a actos reales de individuos y grupos”, surge que el derecho y su red de ficciones otorga sentido a los actos. ¿Pero, de qué manera?

Como expresa Cárcova, “la *fictio juris* era considerada una construcción a través de la cual se asumían ciertos actos como acaecidos, con conocimiento de que ello era falso, a los fines de extender, crear o explicar una regla legal, porque la ley así lo percibía en forma irrefutable”.⁽⁹⁾ Lo cierto también es que las ficciones no solamente justificaron el orden jurídico medieval, sino que también sobrevivieron a las monarquías absolutas legitimando las estructuras políticas vigentes y llegaron hasta la época contemporánea como “grandes supuestos legitimatorios”.⁽¹⁰⁾ la igualdad de los hombres ante la ley y el hecho de que el derecho se presume conocido por todos.

Lo cierto es que ni la ley es conocida por todos ni todos somos libres e iguales, aunque el derecho, como discurso del orden, utilice ambas ficciones como discursos legitimantes. Como se ha dicho, se trata de dos ficciones básicas que fundan el funcionamiento del derecho,⁽¹¹⁾ porque la

(7) RUIZ, ALICIA, “La ilusión de lo jurídico”, *op. cit.*, p. 173.

(8) *Ibid.*, 185.

(9) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *op. cit.*, p. 36.

(10) *Ibid.*, p. 38.

(11) *Ibid.*

ficción es un universo de sentido que plasma la realidad. La ficción ocurre cuando se plasma la verdad, porque el derecho produce y gesta verdad desde la ficción. La ficción y la verdad son elementos constitutivos del discurso jurídico, porque la realidad jurídica es una convención textual, es decir, el texto se constituye al mismo tiempo que describe. El derecho describe y crea realidad.⁽¹²⁾

En el mismo orden de ideas, el derecho se constituye, y en ese acto, casi como un juego de palabras, el discurso jurídico también constituye a los sujetos y los ordena, pues “el derecho nos constituye, nos instala, frente al otro y ante la ley. Sin ser aprehendidos por el orden de lo jurídico, no existimos, y luego de ser aprehendidos solo existimos según sus mandatos”.⁽¹³⁾ A modo de ejemplos, el derecho constituyó a las mujeres como actoras políticas de la democracia con plenos derechos electorales a través de la ley del voto femenino, y muchos años antes había constituido “un otro sujeto” que contaba con la posibilidad de ejercer sus derechos electorales a través de sanción de la ley del sufragio universal, pero limitando el universo a uno conformado exclusivamente por varones.

De igual modo, se podrían repasar las leyes que constituyen nuevos sujetos en función de reinstituir sujetos: se constituye el sujeto “hijo” en forma distintiva, a partir de la eliminación de la diferenciación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, se reconstituyen los sujetos que integran el matrimonio con la sanción de la ley de divorcio, y en una de las transformaciones más profundas de la época, se vuelven a reconstituir aquellos sujetos con la sanción de la ley de matrimonio igualitario.

En función de lo anteriormente expresado, no quedan dudas de que, antes que nada, el derecho es un discurso: social, histórico, ideológico. Ahora bien, ¿cuáles son los desafíos que esta afirmación implica?

En principio, la posibilidad de concebir al derecho y sus productos —entre ellos las sentencias judiciales, y en general, el **quehacer** jurisdiccional en su conjunto— como una práctica social “que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia”.⁽¹⁴⁾

.....
(12) MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS, *Ficción Jurídica: El poder de la imaginación en el derecho*, Madrid, Debate, 1992, p. 139.

(13) RUIZ, ALICIA, “La ilusión de lo jurídico”, *op. cit.*, p. 187.

(14) *Ibid.*

En segundo lugar, y el hecho de que el discurso del derecho como práctica social sea a la vez histórico, se traduce en la necesidad de dar al derecho la posibilidad de resolver las consecuencias que las crisis provocan, es decir, hacer posible que el derecho cumpla el anhelo de convertirse en democracia “como la máxima expresión de racionalidad a nivel del imaginario colectivo”.⁽¹⁵⁾ Pero así como la respuesta del derecho en momentos de crisis escapa a la tradicional función de las instituciones judiciales y requiere un involucramiento activo de la judicatura para equilibrar las injusticias —ya no en términos bucólicos y abstractos, sino las graves y terminales, aquellas del orden de lo económico y social—, la respuesta del derecho en los momentos donde la crisis se ha superado y sobrevienen épocas de expansión y crecimiento, es también la de asegurar el ejercicio de aquellos derechos legítimamente otorgados y reconocidos a los sectores que se reincluyen en los márgenes del derecho y la democracia, de modo de permitir al discurso del derecho transformar las relaciones de poder que en otro momento histórico legitimó.

Por último, el hecho de reconocer que la tarea de juzgar —el oficio de los jueces— no resulta ajeno a las implicancias de dicha aseveración. Si el derecho es un discurso social, histórico e ideológico, los operadores del derecho, y en particular quienes se encuentran legitimados para administrar justicia, deben tomar nota de tales circunstancias y comenzar por reconocer, o al menos por no negar, que en el acto de juzgar se resuelve, definitivamente, la cristalización, —en sentido de reconocimiento— o la mutación de un determinado *status quo* que la mayoría de las veces es producto de las relaciones sociales que se verifican en un determinado momento histórico y de las relaciones de poder, probablemente asimétricas, que respaldan dichas estructuras sociales.⁽¹⁶⁾

Acerca de estas cuestiones relativas a la función del juez de un Estado democrático de derecho trata el apartado siguiente.

3. Los jueces de la democracia

En los tres niveles de estructura del discurso jurídico a los que se refiere Cárcova, la tarea de los jueces como operadores del derecho —pero también de los abogados, docttrinarios y de los auxiliares de la justicia— es la de

(15) RUIZ, ALICIA, “Del imposible acto de juzgar”, *op. cit.*, p. 33.

(16) RUIZ, ALICIA, “La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho”, en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, N° 4, Bs. As., RubinzalCulzoni Editores, 2004, p. 175.

interpretar las normas. Esta tarea, y las que tienen que ver con los otros dos niveles del discurso jurídico, explica el autor, no se producen en un momento y lugar determinado, sino que constituyen una "instancia de producción de sentidos" que circunstancialmente se condensa en una sentencia, "para transformarse inmediatamente en una nueva fuente de sentido".⁽¹⁷⁾

Dicho esto, se podría concluir que lo que hacen los jueces es producir sentidos, eminentemente sociales, y que esa operación —compleja— contiene, como se expresó en la introducción, implicancias que van más allá de la mera interpretación de la norma, de la evaluación de los hechos, la apreciación de la prueba y la consiguiente aplicación del derecho, y que se relacionan con las condiciones históricas, sociales, políticas y de diversa índole que conforman el entorno de la compleja operación que desarrollan los jueces en el ya reseñado "imposible acto de juzgar".⁽¹⁸⁾

El estrecho vínculo entre derecho y democracia permite también ser concebido en términos paradójicos: "en la democracia, el discurso del derecho proporciona la ilusión de suprema garantía de orden, de seguridad, de previsibilidad de lo que es definitivamente indeterminable, y así legitima a lo provisorio, a lo cambiante, a lo imprevisible".⁽¹⁹⁾ Según lo considerado en el apartado anterior, este vínculo posibilita —en el sentido que permite, pero también demanda— una virtud de los jueces en tanto garantes de un Estado de derecho, aun cuando ello involucre tareas más arduas que las concebidas tradicionalmente. La resolución de conflictos, en algunas circunstancias, implica una magnitud de los componentes mucho mayor y, por ende, los efectos de las resoluciones que se adopten provocan una onda expansiva que excede los mentados "efectos entre partes". Todas estas circunstancias se relacionan con lo que Ruiz explica como la expectativa de que los jueces realicen la conjunción de singularidad y generalidad, es decir, lo imposible.⁽²⁰⁾

Volviendo a los sentidos, uno que me interesa traer a colación en estos últimos párrafos se vincula con la aludida judicialización de la política, noción que pretende conceptualizar el proceso mediante el cual la respuesta

.....
(17) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *op. cit.*, p. 164.

(18) RUIZ, ALICIA, "Del imposible acto de juzgar", *op. cit.*

(19) *Ibid.*, p. 33.

(20) RUIZ, ALICIA, "Del imposible acto de juzgar", *op. cit.*, p. 29.

a determinadas situaciones que ocurren en la democracia no se exige a las estructuras ligadas estructuralmente a lo político (poder legislativo, poder ejecutivo, partidos políticos, entre otros), sino al Poder Judicial, o bien, a su vez, el modo en que las decisiones del Poder Judicial se asimilan a decisiones más de índole político que judicial (activismo judicial).⁽²¹⁾ La administración de las aristas que este fenómeno de nuestro tiempo posee, se vuelve necesaria y urgente, al igual que se presenta la consolidación de un renovado rol de los jueces en este escenario.

Superada y asumida ya la posibilidad de que el discurso jurídico sea mediatizado por las condiciones sociales e históricas, y por las creencias, experiencia e ideología de los operadores, se formula el actual debate acerca de los desafíos que presenta la función judicial en nuestros días. El planteo de Ruiz, al referirse a los jueces que asumen el compromiso con el pacto de sociabilidad que se expresa en la Constitución y practican un registro del poder que tienen, al hacerse cargo “de la parte que les toca”, es conmovedor desde el punto de vista democrático, pues reconoce que “son los que saben que la Constitución y los principios y garantías que ella consagra son construcciones culturales, producto de luchas sociales en momentos históricos determinados. Tan frágiles como la democracia, y para cuya preservación y profundización siempre hay que estar en guardia”.⁽²²⁾

La consolidación de una justicia democrática —en contraposición con un Poder Judicial como estructura del sistema jurídico que se mantuvo al margen de las transformaciones de la democracia, siendo percibido hoy como un sistema que reproduce un discurso hermético—, que abandone la endogamia y el corporativismo, requiere de una amplia difusión de una lógica novedosa, que conciba a quienes administran justicia, no ya como gestores de la propiedad, la verdad o la libertad, sino como verdaderos garantizadores de derechos.

4. La sentencia como relato

La propuesta del autor es categórica: Cárcova nos presenta a la subsunción como un misterio, y como la primera opción posible, o la que se halla más a mano, para explicar el razonamiento judicial o al menos para intentar resolver —otra vez— los misterios que lo rodean. Si bien es categórico, no deja

(21) RUIZ, AUCIA, “La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho”, *op. cit.*, p. 178.

(22) *Ibid.*, p. 179.

de ser amable, pues bien podría hablarse del engaño de la subsunción y salvo algunas pocas pero fuertes y corporativas voces, nadie podría escandalizarse.

La definición lingüística ("acción y efecto de subsumir") poco nos dice respecto de la utilización de la figura de la subsunción para ilustrar la escena del proceso. Que el verbo "subsumir" sea definido como la acción de "considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general" tampoco aporta más claridad, aunque nos deja algunas pistas. Para Cárcova la subsunción es "una especie de silogismo lógico de tipo aristotélico en el que la norma jurídica aplicable opera como una premisa mayor, el o los hechos como premisa menor y la sentencia como conclusión".⁽²³⁾ Dicho de otro modo, es una posible explicación del proceso mediante el cual una selección de hechos pasados son clasificados bajo el código binario de las comunicaciones que operan al interior del sistema jurídico: válido/inválido, jurídico/antijurídico,⁽²⁴⁾ sellándose con pretensión de verdad un relato articulado que dispone una conclusión. Tal como expresa el autor, así, sin más problematizaciones teóricas ni complejidad dogmática, se nos presenta una rudimentaria explicación acerca del decisivo acto de juzgar.

En este punto me interesa introducir los valiosos aportes que desde la filosofía contemporánea nos permiten contextualizar el trabajo de los jueces y poner en crisis la noción más ampliamente difundida, aún así profundamente reduccionista de la subsunción. Hoy, aquí, a todos nosotros nos resulta claro que los jueces cuando juzgan practican un recorte de la realidad, que la verdad no es unívoca, y que la sentencia no deja de ser una construcción social que pretende ser verdadera, pero que se halla mediatizada por "aspectos empíricos, que tienen que ver con la realidad social, y los sistemas de valores, relacionados con un juez situado, es decir, con un juez en el mundo, que no está cerrado en una torre de cristal... en un tiempo y lugar determinados".⁽²⁵⁾ Pero aun así: ¿Cuál es el origen de esa percepción? ¿Cómo surge dicho convencimiento? ¿Cómo surge

.....

(23) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *op. cit.*, p. 39.

(24) LUHMANN, NIKLAS, "La observación sociológica del derecho", en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Sección de Teoría*, N° 12, 1993, [en línea] <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/12/teo/teo7.pdf>

(25) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *op. cit.*, p. 155.

la idea de sentencia como relato? ¿Qué implicancias posee ello para la pretensión de verdad que persigue?

Buena parte de los interrogantes planteados merecen respuestas complejas, arduas y que exceden ampliamente los márgenes de este artículo. Me centraré entonces en presentar tres ideas concretas que buscan profundizar en los interrogantes planteados, sin pretender resolverlos.

En primer lugar, la posibilidad de establecer vasos comunicantes entre el discurso jurídico y el discurso literario nos permite considerar a la sentencia como un relato, sin perder de vista que posee el imperio que le otorgan las leyes, el orden constitucional y el sistema democrático, pero asumiendo que comparte con la narración literaria la identidad como producto de un campo social discursivo. También es posible establecer vínculos entre el discurso jurídico y el relato histórico a partir de la idea de autoridad de la que habla White al analizar las perspectivas del relato histórico. Este, como discurso de lo real, posee ciertas pretensiones de verdad ancladas en la autoridad de quien narra "las pretensiones de autoridad en la narrativa y, en definitiva, el mismo derecho a narrar, depende de una cierta relación con la autoridad *per se*".⁽²⁶⁾

El tema de la autoridad del narrador se suma a la preservación de la cronología en la descripción de los hechos —presente en la historia así como también en una sentencia—, es decir, el orden cronológico del discurso que permite estructurarlo. Finalmente, la resolución discursiva que posibilita la resolución narrativizante en el discurso histórico es analizable a la luz del "principio moral" que permite al narrador histórico juzgar la resolución del conflicto bajo las categorías binarias de justo/injusto.⁽²⁷⁾ Las posibilidades en torno a un análisis comparado resultan claras. Si aún así no lo fueran, la perspectiva de Hegel, citado por White, contribuye a tal inteligencia:

una vez que hemos reparado en la íntima relación que Hegel sugiere entre ley, historicidad y narratividad, no nos puede sorprender la frecuencia con que la narratividad, bien ficticia o real, presupone la existencia de un sistema legal contra o a favor del cual pudieran producirse los agentes típicos de un relato narrativo. Y eso plantea la sospecha de que la narrativa en general

(26) WHITE, HAYDEN, *El contenido de la forma, narrativa y representación histórica*, Bs. As., Paidós, 1987, p. 33.

(27) WHITE, HAYDEN, *op. cit.*, p. 34.

(...) tiene que ver con temas como la ley, la legalidad, la legitimidad o, más en general, la autoridad.⁽²⁸⁾

En segundo lugar, que la sentencia no es el único relato posible, pues en el sistema jurídico coexisten una multiplicidad de relatos que se entrelazan y articulan, y buena parte de ellos deben ser comprendidos por los operadores jurídicos y en lo que se relaciona con el objeto de este trabajo, puntualmente con los jueces. Dichos relatos son las normas, las representaciones que los testigos hacen de los hechos y las interpretaciones que los doctrinarios hacen de las normas y de los propios relatos de los jueces (jurisprudencia). A menudo también la opinión pública, los medios de comunicación y la sociedad construyen relatos, y estos también intervienen en la trama del proceso.⁽²⁹⁾

Por último, que la narratividad de la sentencia refuerza su pretensión de racionalidad y de verdad, pero no es condición de existencia de esta última. El modo en que las personas perciben lo que la sentencia decide —en particular las personas a las que la sentencia “les habla”, pero también la comunidad en general, los ámbitos académicos que practican análisis a los fines teóricos o científicos, las instituciones, los diversos campos sociales— excede por demás el entendimiento de que existe un *imperium* de la *decisio iuris*. Las personas a menudo depositan en el proceso, no solo una necesaria confianza, sino también esperanzas, sueños, frustraciones, anhelos y deseos, provenientes del plano de la subjetividad e incluso de la intimidad. Y la coherencia narrativa de la sentencia, al igual que la coherencia narrativa del relato literario, de la novela o del cuento, es la “clave” que permite justificar y aceptar la decisión jurídica o el destino de Yocasta en la tragedia de Sófocles.

Dworkin sostiene que “la coherencia narrativa funciona como el principio de aceptabilidad racional que regula la experiencia jurídica”.⁽³⁰⁾ En forma coincidente, pero al mismo tiempo discrepante, MacCormick postula que el discurso jurídico posee no una, sino dos “claves”, (test de coherencia) y la coherencia narrativa está acompañada de la coherencia normativa, pero solo la coherencia narrativa se relaciona con la verdad de los hechos,⁽³¹⁾ lo cual viene a reforzar la idea que se viene expresando.

.....

(28) *Ibid.*, p. 28.

(29) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *op. cit.*, pp. 169/187.

(30) Cit. en CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *op. cit.*, p. 176.

(31) *Ibid.*, p. 177.

Como recuerda Eco, el pacto ficcional que el lector suscribe tácitamente con el autor es la condición necesaria para suspender la incredulidad del primero y considerar una particular y singular "verdad": la del universo de lo real que plantea la trama del relato narrativo. El pacto ficcional supone el hecho de no asignar la categoría de mentira a una verdad en una historia imaginaria, de ahí la singularidad de la verdad en los "bosques narrativos" que le permiten a Eco graficar el universo de los relatos narrativos. En este marco, y en relación con lo expresado en el párrafo anterior, la verdad vale en el mundo real como la confianza en los mundos narrativos; aun así "en el mundo real el principio de confianza es tan importante como el principio de verdad".⁽³²⁾

También en la sentencia, el sistema jurídico le pide al lector que suscriba un pacto ficcional con el autor, que asume el ropaje del juez o los jueces. Y el pacto ficcional supone adoptar el concepto de verdad y de confianza que opera en los mundos narrativos. Considerar a la sentencia un relato narrativo más implica, como contraparte, considerar a los jueces como narradores, que crean mundos reales en el universo de lo imaginario, y que al hacerlo seleccionan determinados hechos —y dejan afuera otros—, aprecian pruebas —y rechazan otras—, utilizan recursos como las ficciones y las paradojas y, en definitiva, construyen un relato, que, en función del grado de confianza del lector y de la coherencia narrativa de la que haga alarde, para salvar el desorden de la experiencia del que habla Eco, se consolida como verdad en el mundo real.

5. Conclusiones

Este último apartado no intentará resumir los conceptos reseñados en el presente trabajo, por una parte, porque resultaría reiterativo, y por otro lado, porque no despierta mayor interés que el que puede significar cumplir con las formalidades académicas.

El presente trabajo estuvo inspirado, en parte, en las noticias que acompañaron la sanción del Digesto Jurídico Argentino, y el hecho que, a partir del proceso de simplificación y actualización normativa que el Digesto representó, sumado al significativo avance en materia de acceso a la información jurídica, un conjunto de leyes manifiestamente insólitas, y claramente inservibles, pero que en definitiva aún se encontraban vigen-

.....

(32) Eco, UMBERTO, "Los bosques posibles", en *Seis paseos por los bosques narrativos*, Bs. As., Lumen, 1996, p. 98.

tes, hubieran sido, por fin, derogadas. Lo relacioné inmediatamente con el concepto de paradoja, con la ficcionalidad del derecho, con la trama opaca del discurso jurídico, con el rol del juez de un Estado democrático de derecho, etcétera. Me imaginé, dejando volar la imaginación literaria, que aquellas leyes vetustas pero aún vigentes, valían bien la comparación con ciertas prácticas judiciales prehistóricas, pero persistentes en la actualidad. La negativa a la posibilidad de emplear el aborto no punible, la utilización de la objeción de conciencia para no respetar la ley, la utilización de innumerables recursos económicos donde cabe simplemente la aplicación de los criterios de lesividad y oportunidad, la interrupción de la aplicación de leyes votadas por los poderes mayoritarios, e innumerables ejemplos más, donde las huellas o indicios de discursos omitidos que, sin embargo, intervinieron en el proceso de producción de la sentencia son, ni más ni menos, las huellas que dejan los poderes económicos.

Por último, y cumpliendo esta vez con las exigencias formales de la escritura académica, la conclusión más adecuada para el presente artículo es más bien concisa: posiblemente el anhelo de la sociedad en nuestro Estado democrático de derecho es que el rol de los jueces a través de la sentencia judicial sea hacer tanto más justicia como sea posible y tanto más derecho como sea necesario.



Proceso judicial y construcción de la memoria colectiva

KARINA VALERIA ADAM⁽¹⁾



1. Introducción

El presente trabajo abordará la temática de las representaciones de la memoria. El rol que estas ocupan en la constitución de las identidades colectivas y las consecuencias de las luchas por su recuperación en las prácticas sociales y políticas de la sociedad en la que vivimos, entendiendo los conflictos que genera en la vida social, política y cultural.

Dentro del marco de los juicios contra el terrorismo de Estado, se procederá a analizar cómo circulan los discursos de poder en la estratificación escenográfica del proceso judicial, así como los roles y las ficciones que la atraviesan.

Se esbozará la forma de construcción del relato como producción de la memoria individual y colectiva, los procesos de formación de la memoria, su relación con el testimonio y con la historia.

Se abordará cómo los testimonios se ven afectados por el discurso jurídico, desde la verdad textual a la verdad textualizada, procediendo a evidenciar las limitaciones que encorsetan y condicionan la libre circulación del relato

.....

(1) Abogada (UBA). Especialización en Derecho Ambiental (UBA). Cursa actualmente la Especialización en Magistratura. Docente de Posgrado, Facultad de Derecho (UBA). Integrante de la Unidad de Prevención de Lavado y Financiamiento del Terrorismo, Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), Ministerio de Desarrollo de la Nación. Este trabajo se realizó en el marco de la materia "El Derecho y La Justicia".

de los hechos. En este sentido, se tomarán en cuenta las limitaciones físicas (lugares físicos que ocupan las partes, testigos, público, jueces, personal administrativo y penitenciario y la prensa), como así también las limitaciones convencionales (notificaciones/citaciones policiales, tecnicismos en la forma de contestar las preguntas formuladas, el juramento, las advertencias del presidente del tribunal previas al testimonio, etc.).

Luego, se propondrá recorrer (en base a los conceptos analizados) el cuerpo de un testimonio obtenido en el marco del desarrollo de una de las audiencias orales del juicio de la megacausa ESMA que se desarrolla en el Tribunal Oral y Federal N° 5 de Comodoro Py.

2. Escenificación y representaciones

El trabajo de la memoria no solo requiere actores —instituciones y/o personas— encargadas de elaborar el recuerdo y reconstruir representaciones del pasado, sino que estos necesitan espacios o escenarios que posean reglas específicas, lenguajes, símbolos, ritos, espacios en los cuales se genere la producción de determinados relatos.

Así,

En la construcción de un discurso del orden —Enrique Marí en “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, incluido en Papeles de Filosofía I, señala, como componentes de ese dispositivo de poder, a los montajes de ficción, los soportes mitológicos y las prácticas extradiscursivas como ceremonias, banderas, rituales, himnos, distribución de espacios y jerarquías, marcas, símbolos funerarios y escenas que ponen en relación al hombre con la solemnización de la palabra, lo cual no excluye, en definitiva, estos elementos del campo del lenguaje—, se hacen posibles las condiciones de reproducción del mismo discurso del orden...⁽²⁾

En tal sentido, se puede definir al “proceso judicial” como uno de los posibles escenarios de la memoria en el cual se hace oír y ver a un determinado y seleccionado grupo de actores que, conforme reglas rituales estrictas, reproducen discursos.

.....

(2) Ver MARTYNIUK, CLAUDIO, *Jirones de piel, ágape insumiso. Estética, epistemología y normatividad*, Bs. As., Prometeo, 2011, [en línea] <http://epistemologiadelascienciasociales.sociales.uba.ar/files/2013/04/jirones-libro-claudio.pdf>

Este análisis requiere tener en cuenta una dimensión narrativa, en la que importa quién, cómo y para quién cuenta el relato. También una segunda dimensión, a la que podríamos denominar “escenográfica”, en la que ocupan un lugar de importancia los lenguajes (oral y escrito), la utilización de los espacios, el rol de los personajes y objetos (jueces, personal administrativo, abogados, testigos, público, acusados, cámaras, pantallas, monitores, micrófonos, etc.). Por último, la tercera dimensión, que es ocupada por la producción de la verdad, como un ámbito donde se ubican las tensiones entre qué tipo de verdad se pretende construir y las otras verdades que circundan la escena.

En términos foucaultianos:

La verdad es de este mundo; está producida aquí gracias a múltiples imposiciones. Tiene aquí efectos reglamentados de poder. Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su “política general de la Verdad”: es decir, los tipos de discursos que ella acoge y hacen funcionar como verdaderos; los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos o falsos, la manera de sancionar unos y otros; las técnicas y los procedimientos que son valorizados para la obtención de la verdad; el estatuto de aquellos encargados de decir qué es lo que funciona como verdadero.⁽³⁾

Imaginar el proceso del juicio como un **escenario** nos permite observar más claramente los problemas relacionados con la puesta en escena, con la ficción, la tensión dramática, los dispositivos narrativos puestos al servicio de la construcción de sentidos sobre el pasado y los mecanismos por los cuales se seleccionan, jerarquizan y reúnen diversas voces o testimonios.

El modo de realización del juicio, es decir, cómo se utilizaron las herramientas para el ejercicio de sus facultades ordenatorias —elección de la sala, orden de prioridades en la producción de los relatos, testigos, etc.— incide directamente sobre el período del pasado que el juicio pretende evocar.

Estas reglas o facultades ordenatorias se encuentran claramente identificadas en la Acordada 14 del 27/03/1985, que fuera redactada por la Cámara Federal en el marco de la realización del juicio oral en la causa 13/84 “Juicio a las Juntas”. En ella se reglamentaba el uso del espacio, la composición y magnitud del público que asistiría, el lugar que iban a ocupar el público, la prensa, los abogados defensores, las querellas, los fiscales, los jueces, el personal ad-

.....

(3) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del Poder*, Madrid, La Piqueta, 1979.

ministrativo, los acusados, el comportamiento de los asistentes durante las audiencias y su difusión. En igual sentido, se permitió el uso de cámaras fotográficas y filmadoras, estas últimas sin audio, ya que la Acordada prohíbe expresamente el uso de cualquier elemento de reproducción de audio.

Esta Acordada reflejó, en el momento histórico en el que fue redactada, un discurso y disposición de poder muy claros: la elección de la sala de audiencia, la ubicación de los jueces en una especie de escenario por encima de todos los demás actores intervinientes, indicando de este modo la dirección y dominio de todas las circunstancias del proceso así como la supremacía sobre la sociedad. En un segundo plano se ubicó la Fiscalía, el testigo, el secretario de cámara y la defensa —si se encontraba en ese momento en uso de la palabra, de lo contrario se ubicaba en un plano más abajo—. En un tercer plano y en el mismo nivel, ubicados frente a los camaristas, se encontraban los invitados especiales y el periodismo acreditado.

A esta puesta en escena se suma la forma de ingreso al recinto de los jueces, que lo hacen por una puerta lateral precedidos por el encendido de la totalidad de las luces de la sala. Como indicamos, juegan un papel de importancia los símbolos ubicados en el espacio destinado al tribunal:

Sobre la pared opuesta a la puerta de acceso principal de la sala, y a modo de telón de fondo, un crucifijo preside el recinto; por debajo, un vitró dibuja una frase: "Afianzar la Justicia", contenida en la Constitución Argentina. Sobre el piso se levanta una ancha mesa semejante a un altar, con seis sillones, alineados de frente al público. Uno de estos sillones pertenece al Presidente del Tribunal, sobre cuyo respaldo está grabada la imagen de la balanza de la justicia.⁽⁴⁾

Estas reglas siguen vigentes en la realización de los juicios orales.

2.1. Memoria y testimonio

Al fin empiezo a liberarme del testimonio jurídico... En ese terreno instigador de precisiones, el entrevero que rodea a los acontecimientos y la diversidad de focalizaciones con las que uno encara los recuerdos, quedan anulados. Me animo ahora, en estos relatos experienciales y de no ficción, a escarbar con

.....

(4) KAUFMAN, ESTHER, "El ritual jurídico en el juicio a los ex comandantes. La desnaturalización de lo cotidiano", en Rosana Guber (ed.), *El salvaje metropolitano*, Bs. As., Legasa, 1990.

interrogantes que no tiene respuestas unívocas, y con preguntas no acabadas.⁽⁵⁾

El párrafo que abre este punto son palabras de una testigo en el juicio a Menéndez en la Provincia de Córdoba.⁽⁶⁾ Los testigos que son citados por la justicia en los juicios contra el terrorismo de Estado y cuyos relatos se convertirán en un recurso del dispositivo judicial son personas que han atravesado o fueron tocados, en cualesquiera de sus dimensiones, por la experiencia concentracionaria. Así, podemos encontrarnos con personas que son familiares de detenidos-desaparecidos; testigos que relatan lo ocurrido como compañeros de militancia sindical y/o política; de trabajo; de estudios; vecinos; etc. de detenidos-desaparecidos. Testigos que han integrado de modo forzoso los sistemas concentracionarios, tales como personal de maestranza; enfermeros; conscriptos; empleados de morgues; etc.

Los testimonios brindados por estas personas solo son posibles cuando existe una capacidad social de escuchar y dar sentido al testimonio. El testigo se expone a atravesar las barreras del pudor, a exponer sus acciones, sentir su padecimiento, a expresar de manera radical la experiencia que atravesó su persona, a evidenciar incluso aquello que no expresa en el discurso. En esta lógica, el testigo —al testimoniar— se convierte en autor y los lectores son quienes receptan dicho testimonio, de esta manera, no resulta posible escuchar sin que ello produzca algún efecto en el receptor.

En palabras de Agamben:

el autor no es otra cosa que el testigo, el garante de su propia falta en la obra en la cual ha sido jugado; y el lector no puede sino asumir la tarea de ese testimonio, no puede sino hacerse él mismo garante de su propio jugar a faltarse (...) Una vida ética no es simplemente la que se somete a la ley moral, sino aquella

(5) MOHADED, ANA, "Relatos de no ficción", en Barriónuevo A., et al. (comps.), *Identidad, representaciones del horror y derechos humanos*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2008.

(6) La mega-causa "La Perla" que tramita en el Trib. Oral Crim. Fed. N° 1 Córdoba. Esta causa juzga el modelo represivo implantado por el gobierno de facto en la Provincia de Córdoba. Es llamada "mega causa" por la dimensión en términos de testigos, víctimas y querellantes. A la fecha lleva acumulados 21 expedientes, que reúnen los hechos de 696 víctimas entre asesinados, desaparecidos y sobrevivientes. "La Perla" fue uno de los Centros Clandestinos de Detención, [en línea] www.eldiariodeljuicio.com.ar

que acepta ponerse en juego en sus gestos de manera irrevocable y sin reservas.⁽⁷⁾

En este orden de ideas se requiere que en la sociedad se encuentre presente la capacidad de percibir, asimilar e interpretar el relato. Que posea los marcos de interpretación culturalmente disponibles, que el receptor cuente con los recursos simbólicos para ubicar y dar sentido a los acontecimientos relatados.⁽⁸⁾

Aquí cobra un papel fundamental el lenguaje, su ordenamiento y la memoria. La estructuración del lenguaje da un orden preestablecido al pensamiento, ordena el modo de recordar a fin de evitar la vulnerabilidad de la memoria, "el conjunto de este orden, que opera y ensambla los niveles cognitivo y prescriptivo, que tiene capacidad realizativa, constituye una suerte de aparato conceptual que filtra la diversidad a través de la identidad y la identidad a través de la diversidad".⁽⁹⁾

La sacralización de la memoria, el mandato moral de la "memoria intacta" que recae sobre el testigo, constituye un peso difícil de sobrellevar a la hora de prestar declaración, en el momento mismo de desprenderse de sus vivencias para que ellas se conviertan en parte de la ficción del discurso jurídico. Desde lo particular entra en tensión el deber de mantener intacta la memoria y las evidencias de los desfiladeros de la misma que siempre se articulan a un recuerdo. Los recuerdos se inscriben en una lógica temporal y subjetiva totalmente diversa a la temporalidad de los hechos históricos.

En igual sentido, Foucault indica que en toda sociedad la producción del discurso se encuentra controlada, seleccionada y redistribuida mediante procedimientos que tiene por función instar determinados poderes. Estas características tiñen el proceso de selección de los recuerdos para la configuración de la memoria, lo que no resulta ser en absoluto un acto íntimo y solitario. Así la memoria es el punto de llegada de una sucesión de opciones sobre los hechos que el sujeto realizó sin intervención de su voluntad. Lo hace en función de la permeabilidad social a la cual se encuentra expuesto. Así, los hechos seleccionados que la memoria retenga no serán ni

(7) AGAMBEN, GIORGIO, "El autor como Gesto", en *Profanaciones*, Bs. As., Adriana Hidalgo, 2005, pp. 90/93.

(8) JELIN, ELIZABETH, "Trauma, testimonio y verdad", en *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 2002, p. 83.

(9) MARTINYUK, CLAUDIO, *op. cit.*

libres ni voluntarios ni aleatorios, considerando a esta como un producto que va determinando su consolidación a través del juego de un sistema de contingencias que van condicionando al sujeto, encontrándose las mismas en continuo movimiento, como por ejemplo el sistema de valores y creencias que impregnan las decisiones en cada momento.

La memoria es siempre selectiva; solo recuerda lo que considera necesario para otorgar algún sentido a quienes se reconocen en ella. La constitución de la memoria colectiva se presenta como aquella que se pretende imponer como una verdad obligada a todo el grupo en el cual se conforma, se arraiga en algunas creencias compartidas que permiten la continuidad de su existencia común, selecciona e impone alguna conducta, vinculándose en este sentido a la ética.⁽¹⁰⁾

Es así como en la experiencia de los juicios que se sustancian en la Argentina, los testimonios constituyen un pilar central para la reparación de la memoria dañada y de los efectos sociales. A medida que transcurren los años —más de treinta años desde la ocurrencia de los hechos— los testimonios van cobrando otras magnitudes y se van tiñendo de otros discursos. Ha sucedido en el caso de los testigos que prestaron varias veces declaraciones en diferentes momentos históricos —en el marco del informe CONADEP, en el primer juicio a las juntas y en los juicios que se están desarrollando—⁽¹¹⁾ que sus testimonios han ido variando en oportunidad de relatar los hechos, que se muestran divergentes. Esto se explica en cuanto el recorte —represión interna— que el testigo había podido realizar era totalmente distinto al reconstruido en la actualidad, ya que a medida que pasan los años se han ido ampliando los hechos a partir de testimonios de otros sobrevivientes, publicidad de lugares clandestinos de detención, aparición de nueva documentación que se da a conocer masivamente.

Esto permite reconstruir el proceso de vacíos de la memoria generados por las mismas condiciones de detención en clandestinidad que hacían difícil el reconocimiento de los lugares de detención, de sus torturadores y por los mismos condicionamientos represivos socio-culturales de la época de comisión de los hechos que sostenían que "eso nunca pasó".

(10) AGAMBEN, GIORGIO, *op. cit.*

(11) CONADEP 1983/1984; Causa 13, "Juicio a la Juntas", 1985; "Juicios por la Verdad", 1995; "Reapertura de los juicios luego de la Ley 25.779", 2003.

Así, la memoria apela a otros mecanismos y se enriquece a medida que con los años se restituye la memoria colectiva y se generan nuevos campos de reflexión política-social-cultural.⁽¹²⁾

En el relato del testimonio se pretende enunciar una verdad, pero el intento de transmitir la experiencia a través del lenguaje es siempre fallido; por lo tanto, parte de ese relato lo componen los silencios. La ética del silencio, conforme lo propone Wittgenstein,⁽¹³⁾ nos sitúa en pensarlos como el punto donde nos enfrentamos al lazo del hombre con el lenguaje, pero también con sus límites; desde ahí y como protección de una verdad que no se puede abarcar con la limitación del lenguaje es que nos propone que “aquello de lo que no se puede hablar hay que callarlo”. Para este pensador una cosa son los hechos y otra muy distinta los valores o el sentido que le damos a esos hechos. Por tanto los hechos, en sí mismos, no se modifican; están, pero solo comienzan a tener relevancia o a formar parte del relato cuando son dichos, evidenciados, reconocidos, cuando se propone el terreno donde poder desarrollar el discurso.

Al decir de Marí,⁽¹⁴⁾ la construcción del discurso del orden posee la capacidad de fijar determinadas pautas en el imaginario social a fin de mantener un dispositivo de poder, elevar ciertas prácticas y desestimar otras.

2.2. Historia y memoria

Paul Ricoeur⁽¹⁵⁾ ha distinguido la verdad como el objetivo propio de la historia y a la memoria basada sobre el eje de la “fidelidad”. El problema que se plantea en este punto es que la memoria siempre implica una construcción de un presente recordado, utilizando para ello un pasado. Hay que tener en cuenta que el concepto de pasado resulta difícil ajustarlo a términos tan cerrados como la verdad y la fidelidad. Por ello, es claro que la memoria y la historia coinciden, pese a sus diferencias metodológicas en la intención de la búsqueda de la verdad.

(12) BOSCH, MARIO, “Memoria Traumática”, extracto de la réplica presentada en el juicio al Regimiento de Infantería N° 9 en Corrientes, Argentina, Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, causa 50/07 que tramita ante el Trib. Oral Crim. Fed. Corrientes.

(13) FONTENEAU, FRANCOISE, *La ética del silencio. Wittgenstein y Lacan*, Bs. As., Atuel/Anáfora, 2000.

(14) MARÍ, ENRIQUE, “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en *Doxa*, n° 3, 1986.

(15) RICOEUR, PAUL, “Historia y Narratividad”, en *La identidad Narrativa*, Barcelona, Paidós, 2009.

La memoria parecería vacilar constantemente, encontrándose casi al filo del derrumbe. Para Nietzsche "es posible vivir casi sin recuerdos, y de vivir felices, como lo demuestran los animales, pero es imposible vivir sin olvidar", destacándose aquí que para los seres humanos la memoria y el olvido son actos de su indescriptible voluntad.

Algunos regímenes políticos como el gobierno de facto que se instaló en la Argentina —1976/1983— tuvieron la falsa creencia de suponer que el mero olvido podía ser perfeccionado mediante la posibilidad de instaurar "el olvidar el olvido". El objetivo no resultaba errado, por cuanto al recordar que algo se ha olvidado resulta ser una manera muy fuerte de tenerlo presente, de posibilitar una búsqueda de aquello que se sabe perdido. Quienes detentaban el poder en el período mencionado apostaron fuertemente a esta premisa, destruyendo u ocultando archivos vinculados a las represiones, detenciones y desapariciones ilegales, negando luego la existencia de los mismos de modo tal que cuando los documentos o pruebas son inencontrables y los hechos negados parecerían asegurar el olvido.

La memoria a través de la construcción del relato mantiene presente al grupo, mientras este persista. El grupo no desaparece. Pero si la memoria colectiva es un producto de una manera de evocar el pasado y determina algún comportamiento en el presente, la historia es quien posee el papel indelegable de relatar los hechos y contextualizarlos, entregándose como herramienta para entender cómo fue posible la aparición y las características de ese pasado.

Con el advenimiento de la democracia se construyó un relato común sobre el terrorismo de Estado. Este relato fue legitimado y le otorgó un determinado sentido al pasado reciente que dirigió el modo en que la sociedad produjo las memorias colectivas de los hechos.⁽¹⁶⁾

El problema de la construcción de la memoria colectiva es un tema clave. En este aspecto, para pensar la dimensión política que tiene la misma, podemos esgrimir en términos foucaultianos que todo conocimiento o construcción de verdad es "parcial, oblicuo y perspectivo", fruto del con-
.....

(16) Informe de La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas —CONADEP—, creada el 15/12/1983 por el presidente Raúl Alfonsín. La Comisión tenía como fin recibir denuncias sobre desapariciones y secuestros de personas en el período de facto y redactar un informe. El mismo fue presentado al presidente en el marco de una importante publicidad el 20/10/1984. Ver MARCHESI, ALBERTO ALDO, *Las lecciones del pasado, memoria y ciudadanía en los informes "Nunca Más"*, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2001, [en línea] <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D3113.dir/marchesi.pdf>

flicto político, "solamente en esas relaciones de lucha y poder, en la manera como las cosas entre sí se oponen, en la manera como se odian entre sí los hombres, luchan, procuran dominarse unos a otros, quieren ejercer relaciones de poder unos sobre otros, comprendemos en qué consiste el conocimiento".⁽¹⁷⁾ Ello por cuanto el proceso de la memoria como proceso creativo instaura un relato cuyos efectos se reflejan tanto en el plano individual como en el intersubjetivo, develando una identidad propia como parte de una identidad colectiva.

2.3. Verdad textual y verdad textualizada

El dar testimonio, el ser testigo es un deber dentro de los marcos del proceso judicial. Las dimensiones del "deber" se tornan un aspecto complejo en cuanto se presentan como exigencia moral del testimonio. Es aquí donde pierde el imperativo de deber y se convierte en un "derecho". En palabras de Ricoeur:

Este compromiso, este riesgo asumido por el testigo, repercute sobre el testimonio mismo que, a su vez, significa algo diferente de una simple narración de cosas vistas; el testimonio es también el compromiso de un corazón y un compromiso hasta la muerte. Pertenece al destino trágico de la verdad.⁽¹⁸⁾

De este modo comienza a surgir una articulación entre el testimonio como discurso o relato jurídico y el testimonio como relato ético. Siguiendo esta línea de pensamiento se pueden distinguir, en consecuencia, dos modos de recordar: relatar los hechos con objetividad ante el juez y contar lo vivido con las consecuencias que ello impone.

La verdad textualizada es un producto. Los marcos sociales resultan puntos de referencia que se construyen en los límites de las instituciones sociales como la familia, los trabajos, los grupos religiosos, de estudios, entre otros, creando las estructuras de asimilación de experiencias personales. En un trabajo de creación interna guiada por la imaginación, siempre dentro de las modalidades, limitaciones y referencias establecidas por los marcos sociales, dan lugar a la creación de la memoria. Por tanto, el recordar se transforma en una práctica que puede ser comprendida como la reconstrucción de un pasado desde los marcos sociales del presente.

.....

(17) FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1983, p. 171.

(18) RICOEUR, PAUL, *op. cit.*

3. Un testimonio

El siguiente testimonio fue obtenido en el marco del desarrollo de una de las audiencias orales del juicio que se desarrolla en el Tribunal Oral y Federal N° 5, Sala AMIA —Comodoro Py, CABA, 2002—. En esta causa se investigan los hechos cometidos sobre 789 víctimas. Son juzgados 68 imputados ex miembros (en su mayoría retirados) de la Policía Federal Argentina, la Armada, el Servicio Penitenciario Federal, la Prefectura Naval Argentina, el Ejército y tres civiles. Por primera vez, llegan a juicio los pilotos de los “vuelos de la muerte”.

En este relato testimonial se advierten claramente dos cuestiones que se expresan como valores preestablecidos en la sociedad del momento histórico en el cual sucede el hecho de la desaparición (1976).

Se encuentra presente una ética formal, es decir, la observación a ultranza de la regla, lo procedimental, lo que parece vinculado a la forma como obligación imperativa.

en CONADEP estuve ahí y presenté un escrito, un pedido. Era muy difícil porque si yo presentaba algo en la justicia en ese momento era una forma de autodelatarse. Si vos ibas a la justicia a decir que tenías un hermano desaparecido en el año setenta y pico, yo calculo que era medio peligroso. De todas formas no fue por eso que no se presentó nada en la justicia, pensándolo ahora pudo tener presente esa posibilidad. Que yo sepa, el padre de M (cuñada desaparecida) es abogado, yo también y no presentó nada él ni yo tampoco.⁽¹⁹⁾

El testigo, al mencionar que era muy difícil hacer una averiguación sobre el paradero de su hermano, pareciera sugerir que era una cuestión ligada al miedo. Lo cierto es que se advierte un mandato que se vincula más a una ética que pone todo el acento en la “obligación como deber”, reglas que se debían respetar por ese entonces, un auto deber de obligación, un no hacer obligado. En tanto realizar la acción contraria, es decir, hacer alguna presentación hubiera implicado ir en contra del deber establecido socialmente.

Este contraste marca los límites del sujeto. En esta preservación de la humanidad, el ideal es más elevado en pos de mantener los contratos que mantienen unida a toda la sociedad, lo que no pasa por dar satisfacción

.....

(19) Testimonio del 16/05/2013, Ver apartado 4 de este artículo, Anexo testimonial.

a los propios intereses; hay una necesaria suspensión de los propios intereses en pos de algo que es siempre superior a los propios intereses, que abre un marco en esa idea regulativa, que se debe aspirar a algo que nunca voy a poder ser.

... tenían una gran diferencia de mundos, o sea mi hermano era de una familia muy rica e iba a la villa miseria y de alguna manera se encontró con un mundo muy diferente al que había vivido, y se rayó y se puso mal y ella también y no pudieron hacer con eso algo más sano no? (sic) Se quedaron enganchados ahí en montoneros.⁽²⁰⁾

Expone claramente la diferencia de dos espacios muy marcados, expresándola como dos mundos, realizando luego un juicio de valor negativo sobre el actuar de su hermano y cuñada desaparecidas. Es posible advertir una crítica que lo coloca dentro del imperativo kantiano. Más precisamente, esbozando un deber ser como represión de los deseos, que su hermano y cuñada no pudieron realizar —ello desde el relato testimonial—. Casi parecería estar invocando a Kant en cuanto propone suspender el propio interés, indicando que al no haber podido ejercer una represión a sus impulsos o deseos particulares “no pudieron hacer con eso algo más sano”.⁽²¹⁾

4. Anexo testimonial⁽²²⁾

En la causa de referencia se cita a declarar a una persona, hermano y cuñado de una pareja de desaparecidos. Luego de dar sus datos personales, el presidente del tribunal procede al ritual de tomarle “juramento o promesa de decir verdad”. Sellado este pacto ficcional se procede al comienzo del relato en los siguientes términos textuales:

Ante los requerimientos del Fiscal que precisara el lugar y tiempo en el cual ocurrieron los hechos que tuvieron como víctima al hermano y a la cuñada del testigo, dijo:

La verdad que no, yo no estaba muy en contacto con ellos, la última vez que los vi, fue más o menos calculo seis meses antes de

.....

(20) *Ibid.*

(21) KANT, IMMANUEL, *Crítica de la razón práctica*, Madrid, Escolares, 2001.

(22) Las audiencias orales y públicas tienen lugar los días lunes, miércoles y jueves de 10:00 a 18:00 hs. Pueden ingresar los mayores de 18 años de edad, acreditándose con su DNI, cédula o pasaporte.

que desaparezca por le ofrecí mi documento. Le dije mira soy parecido a vos te vas a poder ir con este documento. Pero no quiso saber nada, creo que le habían raptado a la mujer y dijo yo me quedo. Eso como dato que lo haya visto por última vez, no puedo precisar el año porque tuve un problema psicológico y perdí parte de la memoria, y no podría saber bien la fecha del rapto.

El Fiscal insiste en tratar de precisar fecha o año del momento que relata y el testigo responde:

Bueno la mujer de mi hermano cuando me junté con él, ahí mi hermano me dijo mira ya la agarraron a M (cuñada desaparecida) y yo no me quiero ir. Y después al matrimonio, digamos, una vez que a la casa del padre de la esposa de C (hermano desaparecido del testigo) pasaron por ahí tocaron un timbre y le dijeron señor G (al suegro del hermano) acá hay algo para usted, ahí bajó y estaba el hijo de ellos. Ahí tengo el dato fehaciente que los raptaron a los dos. No recuerdo la época. El hijo de la pareja podía tener seis meses o un año. Al nene lo dejó un Falcón verde y después no se supo más nada. Creo que militaban en montoneros, tenían un amigo de ellos que creo que está desaparecido también. Y después otro amigo de ellos que aparentemente creo que los entregó. Yo me encontré con él y hablaba en forma muy confusa. Después también mi padre que era amigo de un militar yo me encontré con él y le pregunté si sabía algo y me dijo que no sabía nada y que si supiera le iba a avisar a sus superiores a sus jefes, en vez de avisarme a mí. Así que la búsqueda era un poco complicada.

Ante la pregunta del Fiscal, si habían presentado algún tipo de escrito en la justicia, dijo:

en CONADEP estuve ahí y presente un escrito, un pedido. Era muy difícil porque si yo presentaba algo en la justicia en ese momento era una forma de autodelatarse. Si vos ibas a la justicia a decir que tenías un hermano desaparecido en el año setenta y pico, yo calculo que era medio peligroso. De todas formas no fue por eso que no se presentó nada en la justicia, pensándolo ahora pudo tener presente esa posibilidad. Que yo sepa el padre de M (cuñada desaparecida) es abogado yo también y no presentó nada él ni yo tampoco.

Me daba la sensación que lo estaban persiguiendo porque nos encontramos y yo le pregunte donde quería encontrarse y me dijo en la cortada de la calle Copérnico, o sea que yo no estaba seguro de su seguridad. Pero sí sé que si él hubiera querido se hubiera ido, porque con otro documento él se hubiera ido, no se fue porque no quiso él eligió quedarse militando.

No hablaban ellos, no decían nada, porque si aparte decían algo, venían me apretaban a mí y ellos...

no sé donde estuvieron detenidos.

La querella preguntó el aspecto físico de su hermano y de su cuñada. Contestó:

Bueno eran los dos muy lindos, él era alto de ojos claros y buena contextura, muy lindo hombre. Y ella, ella era modelo así también media uno ochenta o uno setenta y cinco. Tenía muy linda cara. Yo creo que el mundo del modelaje fue lo que la llevó a buscar otro camino en la vida y ahí fue que se metieron en la Villa 31. Iban todos los días a ayudar y qué sé yo. Y tenían una gran diferencia de mundos o sea mi hermano era de una familia muy rica e iba a la villa miseria y de alguna manera se encontró con un mundo muy diferente al que había vivido, y se rayó y se puso mal y ella también y no pudieron hacer con eso algo más sano no? (sic) Se quedaron enganchados ahí en montoneros.



Declaraciones judiciales de víctimas de tortura

PAULA MALLIMACI BARRAL⁽¹⁾



”De lo que no se puede hablar es mejor callar”

Wittgenstein

”¿No se notó acaso que la gente volvía enmudecida del campo de batalla? En lugar de retornar más ricos en experiencias comunicables, volvían empobrecidos”

Benjamin

1. Introducción

Hace años que me desvela una pregunta: ¿cómo hablar de la tortura? Esta pregunta es formulada a partir de dos vertientes, una de fondo que involucra las consecuencias e implicancias que tiene hablar, recordar y poner en palabras terribles hechos padecidos; pero también una de forma, relacionada con el contexto en que se realizan las declaraciones judiciales de hechos de tortura.

Llevo más de diez años escuchando relatos de torturas, sobrevivientes de ella queriendo olvidarla y haciendo esfuerzos por recordarla. Víctimas del terrorismo de Estado en Argentina, recorriendo juzgados y tribunales orales. Recordando, hablando, relatando. Memorias de la desaparición ajena, un poco de la propia, del dolor. Narrando lo inenarrable. Víctimas de la tortura de hoy, víctimas de las prisiones, narrando pequeños aconte-

(1) Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Prosecretaria del Juzgado Federal N° 3 de Capital Federal, cumpliendo funciones en las causas en las que se investigan las violaciones a los derechos humanos cometidas en la última dictadura (2004 - 2013). Procuraduría de Violencia Institucional, dependiente de la Procuración General de la Nación (2013 - 2014). Coordinadora de Atención a Víctimas de Violencia Institucional de la Dirección de Orientación, Acompañamiento y Protección a víctimas (PGN).

cimientos, que han llegado a ser judicializados, de lo que fue su tortuosa estadía en las cárceles argentinas. Narrando lo inenarrable.

M. C.⁽²⁾ permaneció seis meses detenido en la ESMA durante 1978. Se exilió en Italia. Al llegar, le dijo a algunos amigos "he visto cosas terribles". Treinta y seis años después y ante su convocatoria a declarar en el juicio oral le comenta a los mismos amigos "es terrible, es como volver al infierno".

D. D. P. permaneció seis meses detenido en "El Olimpo". Hasta el 2012 no había declarado nunca, no había hablado siquiera con su familia de lo sucedido. En una charla previa a su declaración me dijo: "¿sabes qué pasa? Yo llevo más de treinta años tratando de olvidar lo que pasó y vos ahora querés que me acuerde de todo".

A. A. B. lleva seis años detenido, recorriendo distintos penales, golpeado, torturado. Ante la pregunta del fiscal sobre un hecho determinado de tortura ocurrido hace seis meses dice "sí, claro que me acuerdo, pero acá me verduguean todo el tiempo. ¿Usted quiere que declare? Pero después soy yo el que vuelve al infierno".

M. M. recuperó su libertad hace 14 meses. Declara en un juicio oral como víctima de tortura y abuso sexual. Relata: "yo ya me había olvidado que antes me habían pegado", "me pegaron en todos lados".

Me propongo reflexionar al respecto. La dificultad de hablar de la tortura. El contexto en el que se hace. Las grandes, claras y determinantes diferencias que existen hoy en el trato a unas y otras víctimas del delito más horrible cometido desde el propio Estado.

2. Tortura y muerte en la última dictadura y en las cárceles de hoy

Previo a todo análisis, entiendo necesario hacer una breve descripción de los hechos de tortura y muerte de ayer y hoy.

Actualmente, a más de treinta y ocho años del inicio de la dictadura más sangrienta que azotó nuestro país y como consecuencia del largo y trabajoso proceso de Memoria, Verdad y Justicia, se sabe, se conoce y se juzga a los terribles crímenes cometidos. Nadie puede negar lo sucedido. Secuestro, tortura, desaparición forzada y muerte de millares de personas no es hoy un hecho discutible.

.....

(2) Los nombres de las víctimas serán individualizados por sus iniciales para preservar su identidad.

Conforme la información elaborada por la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, dependiente de la Procuración General de la Nación, desde la reapertura de las investigaciones judiciales hasta junio de 2014 se han judicializado los casos de más de 10.000 personas⁽³⁾ y se encuentran actualmente condenadas 531 personas.⁽⁴⁾

Ello fue posible, principalmente, por la declaración de miles de personas sobrevivientes de la muerte y víctimas de la tortura.

La centralidad de los testimonios es una característica de los crímenes ocurridos con previsión de impunidad por parte de los perpetradores. Son escasísimos los documentos que dan cuenta de lo sucedido. La reconstrucción, por ende, quedó en manos de las propias víctimas.

Debo decir que, desde el momento en que alguien era secuestrado por los grupos de tareas de la dictadura, él o ella era un desaparecido. La secuencia establecida era desaparición-tortura-muerte. La mayoría de los desaparecidos transcurríamos día y noche encapuchados, esposados, engrillados y con los ojos vendados, en una celda llamada tubo por lo estrecha (...) Podíamos también volver a ser torturados en el quirófano y, finalmente, como todos los demás, ser "trasladados", eufemismo que encubría el verdadero destino, el asesinato. A algunos pocos, por oscuras razones que solo los represores conocían, se nos dejó con vida.

M. C. V.

Si al salir del cautiverio me hubieran preguntado: ¿te torturaron mucho?, les habría contestado: Sí, los tres meses sin parar...

M. A. D.

Actualmente, en el país se encuentran en trámite numerosas causas en las que se investigan estos hechos. Nos hemos acostumbrado al juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, pudiendo incluso olvidar que es prácticamente excepcional en comparación con los procesos transicionales llevados a cabo luego de las dictaduras que azotaron el Cono Sur.

El proceso de Memoria, Verdad y Justicia se ve claramente fortalecido por las sentencias dictadas luego de largos juicios orales. En muchos casos

.....

(3) Ver "Hay 1135 procesados y desde 2003 fueron judicializados los casos de más de 10.500 víctimas", en *Fiscales.gob.ar* [en línea] <http://fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/hay-1135-procesados-por-crmenes-del-terrorismo-de-estado-y-268-estan-siendo-juzgados-actualmente/>

(4) Ver "531 condenados y 56 absueltos, el balance actual de los juicios", en *Fiscales.gob.ar* [en línea] <http://fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/531-condenados-y-56-absueltos-el-balance-actual-de-los-juicios/>

la Secretaría de Derechos Humanos (nacional y/o local) participa en ellos como parte querellante. A ello se suma una política activa de memoria por parte del Estado, con el establecimiento de indemnizaciones, recuperación y señalización de predios en los que funcionaron centros clandestinos de detención, entre otras políticas públicas en este sentido.

Un panorama distinto se advierte al analizar la tortura y muerte en las cárceles argentinas hoy. Un punto fundamental es la diferencia en la mirada de la víctima. Hoy, las víctimas del terrorismo de Estado han sido revalorizadas. Hay un reconocimiento de la lucha y la posterior opresión padecida. Una mirada épica. Una mirada empática.

La población carcelaria, víctima de torturas cotidianas, no es vista siquiera como víctima. El "por algo será" que caracterizó la década de los setenta (e incluso de los ochenta) hoy es traspolada a las personas detenidas. En el imaginario social son malos, feos y sucios, pero sobretodo malos, están presos porque se lo merecen y además "les pagamos" la comida y el alojamiento.

Mencionaré dos ejemplos para dar cuenta de esta mirada, que entiendo generalizada. Un gobernador provincial, al analizar positivamente el plan de seguridad, indicó que en cuarenta y cinco días hubo "treinta y cinco delincuentes abatidos".⁽⁵⁾ Si no importa que los maten, si es enunciado incluso como algo positivo, difícilmente importe lo que les suceda durante su cautiverio. Otro ejemplo quedó graficado cuando un diario provincial publicó fotografías de una requisa ocurrida en la cárcel provincial en las que se ve una veintena de jóvenes de entre 18 y 21 años desnudos, arrodillados, con la cabeza en el piso y las manos en la espalda. Los comentarios a la nota dan cuenta del imaginario descrito.⁽⁶⁾

Consecuentemente, en el contexto detallado, las torturas en las cárceles son un hecho absolutamente invisibilizado. En función de ello es que me veo obligada a brindar algunas cifras para visualizar el estado actual de la cuestión.

(5) Ver "Daniel Scioli: 'Queremos que la gente viva en paz y sin miedo'", en *Télam* [en línea] <http://www.telam.com.ar/notas/201405/64353-el-gobernador-bonaerense--daniel-scioli.html>

(6) A modo de ejemplo se puede ver "Trascendieron fotografías de trato inhumano en la penitenciaría de San Luis", en *SanLuis24.com.ar*, [en línea] http://www.sanluis24.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=46444:trascendieron-fotografias-de-trato-inhumano-en-la-penitenciaría-de-san-luis&catid=34:catlaciudad&Itemid=54; "Denuncian requisas vejatorias a jóvenes detenidos en una cárcel de San Luis", en *La Nación* [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/1702440-denuncian-requisas-vejatorias-a-jovenes-detenidos-en-una-carcel-de-san-luis>; "Impactantes fotos de maltrato a menores en una cárcel de San Luis" en *Clarín* [en línea] http://www.clarin.com/policiales/Impactantes-maltrato-menores-San-Luis_0_1159084535.html

Conforme el Informe Anual 2013 del Comité Contra la Tortura⁽⁷⁾ dependiente de la Comisión Provincial por la Memoria, en el quinquenio 2008-2012 se registraron 611 muertes solo en las unidades penitenciarias dependientes del Servicio Penitenciario Bonaerense, quedando un promedio de un muerto cada tres días. Por otra parte, conforme la misma fuente, el promedio de edad de las personas fallecidas era de 37,5 años.

En el Sistema Federal, conforme el Informe Anual 2013 de la Procuración Penitenciaria de la Nación⁽⁸⁾ (PPN), organismo oficial dependiente del Poder Legislativo Nacional, en el quinquenio 2009-2013 se registraron 219 muertes. Por otra parte, personal de la PPN, en el mismo período, documentó 1963 casos de torturas y malos tratos a personas detenidas, destacándose que en el último año se registraron 718 casos, elevando drásticamente el promedio quinquenal.

Por otra parte, el Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos relevó durante el año 2012⁽⁹⁾ (último informe publicado) un total de 937 víctimas de torturas o malos tratos.

Hasta junio de 2014, conforme los datos de la Procuraduría de Violencia Institucional se registraron 25 muertes en situaciones de encierro bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal.

El cotejo de estos números con las escasísimas investigaciones judiciales y condenas por tortura y homicidio de los funcionarios estatales bajo cuya responsabilidad se encuentran las personas alojadas en las cárceles, habla por sí mismo.

El encierro carcelario, existencia entre potestades de ladrillo y a merced de más vejaciones que ni siquiera buscan descifrar algo con las heridas que se infligen. La utilidad de detener autonomías personales, el absurdo utilitario. La fuerza del derecho aparece, entonces, imponiendo la detención del tiempo de unas personas, dejando que acelere la temporalización de otras existencias, en mundos relativos. En esta asimetría —espacio geométrico de las travesías de sensibilidades, obra policial estética— se puede reconocer la producción de vulnerabilidad, de cuerpos que no importan, de humillación y tortura, de desvergüenza masiva sin angustia pública.⁽¹⁰⁾

Martyniuk, Claudio

.....

(7) Ver [en línea] <http://www.comisionporlamemoria.org/comite/>

(8) Ver [en línea] <http://www.ppn.gov.ar/?q=informes-anuales>

(9) Ver [en línea] <http://www.ppn.gov.ar/?q=node/1747>

(10) *Jirones de piel, ágape insumiso. Epistemología, estética y normatividad*, Bs. As., Prometeo, 2011.

... Yo viví cuatro años en la cárcel, perdí dientes, me ha pegado la requisa una banda, me han cagado a... ustedes saben cómo, como es el servicio penitenciario... rómpele la cabeza hasta que aprenda, es así, no es que... písalo (...) Me confié en el quedate tranquilo y ya me había olvidado que anteriormente me habían pegado, ya es costumbre que te peguen en la cárcel, que vos vayas caminando y venga uno y te de un bife "paf" caminé para allá, ya estás acostumbrado.⁽¹¹⁾

M. M.

Por último, pero no menos importante, debe señalarse que la tortura por su propia definición involucra al Estado como responsable. La dictadura implicó una ruptura institucional clara, el poder estatal ejercido *de facto*, por lo que hoy es "otro" Estado el que juzga los hechos. En cambio, en la tortura de hoy es el mismo Estado el que por un lado es responsable de la tortura y por otro la juzga.

Al respecto, vuelvo sobre la declaración de M. M.:

Ya fue, no grito más, ya fue, no grito más, no grito más, ya fue. Y tenía todo sangre, ya fue les dije, ya fue no grito más. Ya fue, sácame las esposas, déjame vestir, ya fue. Y ahí sentí yo como agua, que me corría por la cola y sentí como que... Yo en realidad pensé que me habían metido un algo, no vi, no vi, lo único que vi es que sentí un re dolor, sentí el dolor, y como le digo yo no estaría acá si no hubiera pasado todo lo que pasó. En realidad yo no tengo una denuncia contra el Servicio Penitenciario Federal, porque no, porque la cárcel es así, uno no puede estar denunciando al mismo que te abre la puerta o tenés que estar ahí mediando...

Entiendo que el análisis de las declaraciones de las víctimas de tortura debe realizarse teniendo en cuenta estas diferencias.

3. El testimonio de la tortura

Cabría acaso resumir el sentido entero del libro en las palabras: lo que siquiera puede ser dicho, puede ser dicho claramente; y de lo que no se puede hablar hay que callar. El libro quiere, pues, trazar un límite al pensar o, más bien, no al pensar, sino a la expresión de los pensamientos: porque para trazar un límite al pensar tendríamos que poder pensar ambos lados de este límite (tendríamos, en suma, que poder pensar lo que no resulta pensable).

Así pues, el límite solo podrá ser trazado en el lenguaje, y lo que reside más allá del límite será simplemente absurdo...

Ludwig Wittgenstein

.....

(11) Declaración en juicio oral de M. M.

Hablar de la tortura, narrar el desgarró físico y psíquico, interior y exterior, profundo y superficial. ¿Cómo explicarlo? ¿Cómo contarlo? Hablar supone un diálogo. Alguien que narra y otro que escucha. ¿Quién escucha? ¿Cómo escucha?

Oficinas judiciales, burocráticas, llenas de papeles y de personas. Teléfonos que suenan, personas que entran y salen, otras declaraciones tal vez. Operador judicial, con mayor o menor interés en lo que escucha. Sin preparación técnica para preguntar, para contener, para entender. Esperas en los pasillos, retrasos en las declaraciones. "Bueno contame" ¿Por dónde empezar? ¿Cuándo empezó el suplicio? Pasaron días, semanas, meses, años, décadas, queriendo olvidar sin lograrlo, recordando inevitablemente. "Yo ya en ese momento estaba desenganchado de la orga". El operador judicial escribe sin mirar a los ojos a quien declara, mira el teclado y el monitor de su computadora. ¿Estará escuchando? ¿"Desenganchado"? ¿"Orga"? ¿Cómo seguir contando si no se entiende la primera oración...?

En las víctimas de la tortura de hoy se suman otros problemas. Salir de la unidad penitenciaria a las dos de la mañana, levantado a los golpes, sin desayuno. Traslado hasta el tribunal, pasando por otras unidades, más golpes. Alojado finalmente en otra cárcel, otra vez el ingreso. Esperar horas a ser llevado hasta la oficina, esposado nuevamente. Oficina judicial con las características descritas, mirar de reojo hacia atrás y ver el mismo uniforme que golpeó, maltrató, torturó. ¿Cómo volver después al mismo lugar? "Bueno contame". ¿Adelante del agente del servicio? "Me estaban verdugueando feo, se armó bondi en el pabellón, nos agarraron a todos, nos hicieron patapata, el barquito". El operador sigue sin mirar, ¿"se armó bondi"? ¿"Patapata"? ¿"Barquito"? ¿Cómo seguir contando si no se entiende la primera oración?

El Protocolo de Estambul⁽¹²⁾ establece en el Apartado 90 que:

El investigador principal deberá tener formación o experiencia en documentación de la tortura y en el trabajo con víctimas de traumas, incluida la tortura. Cuando no se disponga de un investigador que tenga una formación previa o experiencia, antes de entrevistar al sujeto el investigador principal deberá hacer todo lo posible por informarse acerca de la tortura y sus consecuencias físicas y psicológicas.

.....

(12) El Protocolo de Estambul es un manual adoptado por la ONU para la documentación e investigación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Ver [en línea] <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf>

Esta formación resulta fundamental, tanto para la contención de la víctima como para la eficacia del proceso judicial. Ello no ocurre durante el proceso judicial y menos aún en la etapa de instrucción:

El narrador toma lo que narra de la experiencia; la suya propia o la transmitida, la toma a su vez, en experiencias de aquellos que escuchan su historia.

... el narrador es admitido junto al maestro y al sabio. Sabe consejos (...) Su talento es de poder narrar su vida y su dignidad; la totalidad de su vida. El narrador es el hombre que permite que las suaves llamas de su narración consuman por completo la mecha de su vida (...) El narrador es la figura en la que el justo se encuentra consigo mismo.⁽¹³⁾

Benjamin, Walter

Narrar entonces la tortura, narrar la totalidad de la vida, se nutre de quien lo escucha y cómo lo escucha. Vale preguntarse entonces si son los juzgados lugares propicios para esta narración. La respuesta es claramente negativa. No obstante ello, se escuchan relatos de tortura en las oficinas judiciales.

Todos sabemos que los testigos deben atravesar las barreras del pudor para narrar —de un modo lógico siempre fallido— poniendo en juego su existencia (...) Contar y volver. ¿Cómo hacer para volver a la vida común luego de contar lo vivido en un centro clandestino de detención? ¿Qué decir luego de haber soportado lo que nadie siquiera imagina? ¿Cómo volver sin hundirse en ello?⁽¹⁴⁾

Rousseaux, Fabiana

Termina la declaración. Unos vuelven a su casa, con los fantasmas de lo recordado, de lo vivido, otra vez sentirse en ese lugar del que no se puede salir. Otros vuelven al penal. “¿Queda en depósito o se devuelve?” pregunta el penitenciario. Alcaldía, espera, traslado, todavía sin comer, ¿se habrán terminado las visitas? Hace meses que no los veo y me traían milanesas.

4. El expediente y la Caja de Pandora

En espacios tabicados, giran interrogatorios y testigos, testimonios se repiten, se mezclan las escenas de tormentos y de reparación, brotan llagas y migajas de justicia, duermen unos jueces, velan otros, se acumulan expedientes, con esas cuerdas que cosen libros, se lanzan al alba testimonios de penitencia y esperanza, discursos que argumentan y voces que se quejan, tiempos en los que la finitud se abre a claroscuros. El testigo se desdobra, desde su sentido interno —testigo interior— siente la soledad...

(13) *El Narrador*, [en línea] http://www.catedras.fsoc.uba.ar/reale/benjamin_narrador.PDF

(14) Ver ROUSSEAU, FABIANA, “Testigo-víctima”, en *Página 12* [en línea] <http://www.pagina12.com.ar/diario/psicologia/9-247278-2014-05-29.html>

Melancolía del testimonio, pérdida de la enunciación en actas y expedientes, nostalgia ante el archivo de una vitalidad expresiva que, de haber existido, ha sido más que nada catarsis de lo traumático.

Martyniuk, Claudio

El juicio consta de dos partes. La instrucción escrita y secreta y el juicio oral y público. En principio, en teoría. En los hechos la instrucción es eterna y el juicio pocas veces sucede. A lo largo del proceso de Memoria, Verdad y Justicia se ha escrito bastante sobre los juicios, se los analiza, se los complejiza, se los teoriza, se los critica, se ensayan herramientas para que atravesarlo sea menos doloroso. ¿Y la instrucción? Secreta e invisibilizada. Escrita, por lo que los relatos quedan mediatizados por lo transcripto por el operador judicial. El escenario es el descrito en el apartado anterior, la opresión de los papeles en las paredes y muchas veces en el piso, bajo los escritorios, sin público ni amigos que acompañen. Ruidos de personas y cosas. Sin jueces, fiscales ni defensores presentes. Sin solemnidad.

Los expedientes son las variables del universo de la escritura y del derecho (...) Los expedientes procesan la separación de la ley entre autoridad y administración. Ellos contribuyen a la formación de las tres grandes entidades sobre las que se fundamenta el derecho: verdad, Estado y sujeto (...) En este libro, el derecho no viene a ser un instrumento o medio para el arbitraje y solución de conflictos, sino una fórmula depositaria de formas de actos autoritarios y administrativos que asumen su forma concreta en los expedientes...

Los lingüistas, sociólogos e historiadores aprecian a los expedientes por sus cualidades auto-documentales, esto es, por el hecho de que contienen su propio origen y de que registran la génesis de resultados políticos y legales que, si hubiesen sido comunicados de manera puramente oral, habrían sido perdidos irremisiblemente. Estas disciplinas, entonces, presentan una reflexión sobre los expedientes. Solamente el derecho, que provee el volumen del material para este estudio, no tiene nada similar para decir respecto a los expedientes. Los estudios legales carecen de reflexión alguna sobre sus herramientas.⁽¹⁵⁾

Vismann, Cornelia

El testimonio queda plasmado en un acta que dice que se hizo ante el juez que no estuvo, que se leyeron artículos del Código Procesal Penal desconocidos. El relato en primera persona se escribe en tercera. Las palabras mediatizadas, resumidas, reinterpretadas. Horas de declaración resumidas a dos carillas.

.....

(15) "Las lecciones de escritura del derecho", en Claudio Martyniuk y Oriana Seccia (coords.), *Críticas y estilos de insumisión...*, op. cit.

El ya citado Protocolo de Estambul, al referirse a la declaración de la presunta víctima de torturas establece en el Apartado 100 que “El investigador deberá registrar en cinta magnetofónica y hacer transcribir una declaración detallada de la persona”.

Esto no sucede durante la instrucción de las causas. Las declaraciones siguen siendo escritas. Además de lo ya señalado, ello implica que las víctimas testigos se ven obligadas a atravesar este proceso doloroso en numerosas ocasiones.

En el caso de las víctimas de tortura por los crímenes ocurridos durante la última dictadura, sus declaraciones se han repetido a lo largo de los años, acompañando las diversas etapas del proceso de Memoria Verdad y Justicia. CONADEP,⁽¹⁶⁾ primero, con diversas causas judiciales abiertas, Juicio a las Juntas.⁽¹⁷⁾ Luego de las leyes de Punto Final⁽¹⁸⁾ y Obediencia Debida,⁽¹⁹⁾ tuvieron una nueva oportunidad de declarar en los Juicios por la Verdad. Finalmente, en esta nueva etapa, al declararse insanablemente nulas las leyes de impunidad⁽²⁰⁾ se reabrieron numerosísimas causas en las que han declarado reiteradamente. Luego, los juicios orales, que en muchas jurisdicciones se realizan en “etapas”, por lo que también deben repetirse las declaraciones. Debo señalar aquí que los juicios orales sí son filmados, guardándose un registro de las declaraciones brindadas a lo largo de esta etapa.

Si bien es cierto que no todas las personas han declarado en cada una de las etapas se advierte una reiteración del acto de testimoniar.

En función de ello la Cámara Federal de Casación Penal estipuló, a través de la Acordada 1/2012, que en los juicios orales debían utilizarse los registros filmicos de las declaraciones testimoniales brindadas en otros procesos, a fin de evitar una innecesaria revictimización y brindar mayor celeridad a los juicios. Consecuentemente, los testigos deberían ser llamados a declarar

.....

(16) La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) fue una comisión asesora creada por el presidente Raúl Alfonsín el 15/12/1983 con el objetivo reunir antecedentes y pruebas referidas a la represión ilegal entre 1976 y 1983.

(17) Causa N° 13/84 de la CNac. Apel. Crim. y Correcc. de la Capital Federal.

(18) Ley 23.492 de 1986.

(19) Ley 23.521 de 1987.

(20) Ley 25.779 de 2003.

solo sobre hechos y personas a los que no hubieren hecho mención en sus declaraciones anteriores.

Nuevamente, se advierte que el foco de atención se centra en el juicio oral. Nada dice la Acordada mencionada sobre los nuevos testimonios solicitados en la instrucción de las causas. Por lo tanto, en numerosas ocasiones, las víctimas son llamadas nuevamente a declarar ante los juzgados de primera instancia.

Además de la carencia de una norma específica al respecto, otros factores colaboran en esta innecesaria reiteración. Entre ellos no puede dejar de mencionarse el desinterés y el accionar burocrático de los operadores judiciales. Es más “fácil” volver a llamar a un testigo para que relate el hecho puntual que se está investigando en ese momento que rastrear ese elemento en cinco horas de testimonio filmado.

Respecto de las víctimas de tortura actuales todo lo indicado anteriormente se potencia. El conocimiento de la relevancia histórica que tiene el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad es la contracara del desinterés que tienen los hechos denunciados por las personas privadas de la libertad.

Pero la indiferencia con la que los funcionarios judiciales tratan los documentos, la falta de intensidad e indiferencia de la escritura de los magistrados, los meses sin examinar antecedentes recolectados desde hace tiempo y todos los detalles de la desidia burocrática muestran el desencanto y pérdida de valor del recurso testimonial en la justicia. Teatral, exagerado, impostado, el silencio de los jueces en la escena de la instrucción, la distante acumulación de pruebas, la arrogancia y la soberbia de los funcionarios parecen residuos del soberano hobbesiano, quedando alejados del comunismo de la comunidad que experimenta y testimonia. El testimonio, entonces, expuesto a la sentencia y no sentencia, fragmento, balbuceo, demanda de sentido abierta, capturada con ánimo burocrático.⁽²¹⁾

Martyniuk, Claudio

La ya citada Acordada 1/2012, dictada por la Cámara Federal de Casación Penal, resulta ejemplificadora de lo antedicho. Si bien en su enunciación se hace referencia a que se dicta para las causas en las que se investigan “procesos complejos —entre otros, causas por delitos contra la humanidad—” su aplicación por los Tribunales se hace, en el mejor de los casos, solo en las investigaciones de los hechos sucedidos durante la

.....

(21) “Tres episodios epistemológicos”, en Silvia Rivera (coord.), *Alternativas epistemológicas*, [en línea] <http://epistemologiadelascienciasociales.sociales.uba.ar/files/2013/04/Tres-episodios-epistemologicos-1.pdf>

última dictadura. De hecho, la propia Cámara de Casación hace referencia a la Acordada 42/2008 de la CSJN, que trata específicamente este tipo de expedientes. Por otra parte, las investigaciones relacionadas a hechos denunciados por personas privadas de libertad no suele ser entendido por los juzgados de instrucción como “delitos complejos”. En numerosos juzgados, en la asignación de causas entre quienes allí trabajan, estas suelen ser “llevadas” por los recientemente ingresados al Poder Judicial.

La Acordada también establece que “para cursar las notificaciones a los testigos se evitará la intervención de agentes de organismos o instituciones estatales a las que pertenezcan o hayan pertenecido las personas imputadas”. ¿Cómo hacer aplicable este precepto en el caso de las personas que se encuentran privadas de libertad a disposición de la misma fuerza que denuncian? Podría afirmarse que las personas detenidas no formaron parte del universo de casos imaginados.

Luego ordena:

Los tribunales frente a la existencia de víctimas-testigos y sus familiares, podrán solicitar —cuando ello sea necesario— colaboración a los programas de protección dependientes del Estado nacional, Estados provinciales o entes especializados, para la efectiva adopción de las medidas necesarias para el respeto de los derechos humanos y su dignidad; asimismo para su contención y seguridad y el debido resguardo de la confidencialidad de sus datos personales.

Respecto a este punto voy a señalar dos problemas. El primero es que el juicio oral llega luego de años de instrucción. La persona a la que se quiere brindar contención declaró ya hace muchos años sin apoyo especializado alguno. Dependerá de sus recursos propios y de la buena intención de quien lo recibió en la instrucción que conozca los tiempos, formas y etapas del proceso judicial.

El segundo problema, con relación a las víctimas testigos de la tortura de hoy, es que no existen programas específicos que traten la temática. Incluso, en el ámbito federal y en la mayor parte de los provinciales, quienes solicitan asistencia psicológica son atendidos en las unidades penitenciarias por profesionales pertenecientes al Servicio Penitenciario.

Por lo tanto, si bien la Acordada 1/2012 significó un avance y fue celebrada por diversos actores (organismos de derechos humanos, procuraduría de

crímenes de lesa humanidad), tiene las mismas carencias que pretenden hacerse visibles en este trabajo. Se olvida la etapa de instrucción y continúan invisibilizadas las víctimas de la tortura actual.

5. Paradojas y desazón

El narrador toma lo que narra de la experiencia; la suya propia o la transmitida, la toma a su vez, en experiencias de aquellos que escuchan su historia.

Walter Benjamin

Para finalizar, podríamos resumir las ideas reunidas en este texto con las siguientes palabras:

Esto significa que en nuestro lugar de "lectores" del testimonio que produce cada testigo, somos convocados a la pregunta sobre la consecuencia ética de escuchar esos relatos. ¿Qué se hace con lo que se escucha? Nadie sale igual de allí, ni los jueces, ni los fiscales, ni los profesionales de la salud mental, mucho menos los familiares, los hijos, los compañeros que muchas veces escuchan lo ocurrido por primera vez en las audiencias.⁽²²⁾

Rousseaux, Fabiana

Lo que escuchamos nos interpela, nos afecta, nos golpea. Dependiendo de la sensibilidad de cada quien, no se vuelve a ser la misma luego de escuchar testimonios de víctimas de tortura. Además se observa, se escucha y se siente la dificultad de quien declara, su dolor. ¿Por qué declarar entonces? ¿Para qué si nos duele tanto y a todos?

¿Se puede esperar la reparación de lo irreparable? Los sentidos, la memoria, la narración, el conocimiento, en busca de lo desaparecido, materia, experiencias, recuerdos, relatos y conocimientos. ¿Pero cómo recuperar la plenitud de un tiempo ya salido, cómo hacer otro este presente hundido en el fondo del vacío y de la supresión? ¿Una condena? Condenados por la desaparición, por haber dejado que E se convirtiera en verbo e hiciera la desaparición...

¿Podrá la representación, el testimonio, producir efectos edificantes? Experimentar, representar, entre la pérdida y el silencio, la palabra y el aprender.⁽²³⁾

Martyniuk, Claudio

En el juzgamiento de los crímenes ocurridos durante la última dictadura, el trinomio que legitima e interpela las declaraciones de los sobrevivientes

.....

(22) ROUSSEAU, FABIANA, *op. cit.*

(23) ESMA *fenomenología de la desaparición*, [en línea] http://catedras.fsoc.uba.ar/mari/Archivos/HTML/Martyniuk_ESMA.htm

es Memoria, Verdad y Justicia. ¿Pero en las víctimas actuales? En estos casos a los dolores ya descriptos se suma el peligro que importa la denuncia y la escasa trascendencia y credibilidad pública de lo declarado.

La heterogeneidad, el pluralismo epistemológico debe también resistir a las ideas de autonomía radical de la experiencia, un resabio positivista cuya crítica deriva en una resta de privilegio epistémico a víctimas y testigos. Sin privilegios, la delicadeza de las experiencias y evidencias se desnudan de sus compromisos fundacionalistas. Y el valor de testigos y víctimas, ese frágil valor, se diferencia en la tarea colectiva de construcción de la verdad y la justicia, una tarea política pero también estética porque se vincula a la sensibilidad, y que requiere un compromiso de clarificación epistemológico.⁽²⁴⁾

Martyniuk, Claudio

La tarea colectiva de saber qué pasa y qué pasó. El Estado responsable de crímenes atroces ayer y hoy. ¿Quién es el Estado? Hacernos cargo, comprometernos, visualizarlo, denunciarlo, juzgarlo. Tener como norte, como guía, como brújula que, al menos, la tortura, crimen aberrante basado en una desigualdad explícita, no ocurra **nunca más**.

¿Así se hace? No sé...



.....

(24) MARTYNIUK, CLAUDIO, *Jirones de piel, ágape insumiso...*, op. cit.

El juez y la difícil tarea de juzgar

FERNANDA MARÍA ABAD⁽¹⁾
y MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA⁽²⁾



1. Introducción

Decir quien tiene qué, quién hace qué, y quién es quién, incluso si ese quién “es”, es el rol esencial del derecho y, en particular, del juez. A lo largo de las siguientes páginas intentaremos adentrarnos en la labor judicial y en el producto de ella —la sentencia—, desde la perspectiva de un Estado democrático de derecho y bajo la guía de la teoría crítica, en tanto esta propone reconstituir el derecho como una **práctica social específica**. “Práctica” porque se trata de una acción de repetición, estabilizada en el tiempo y estilizada; “social” porque solo es requerida cuando media interacción entre los individuos y “específica” porque es distinguible de otras prácticas sociales como las políticas, económicas, morales, entre otras. Su naturaleza es discursiva en tanto se materializa como un proceso social de producción de sentido en el que se interrelacionan una multiplicidad de poderes y de actores con roles diversificados.

Consiste en algo más que palabras, pues el derecho también está formado por un conjunto de comportamientos, símbolos y conocimientos. Es lo que la ley manda, pero al mismo tiempo lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan, los doctrinarios critican y lo que la gente común —que

(1) Abogada (UBA). Especialización en Derecho Penal. Prosecretaria en la Fiscalía Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 6.

(2) Abogada (UBA), Especialización en Derecho de Daños. Subsecretaria letrada de la PGN.

no opera el derecho en sentido formal— se representa de él. En este último estamento (no menos importante que los anteriores) es donde se condensan con mayor eficacia los elementos imaginarios, los juegos ficcionales y los mitos operativos del derecho. Los tres niveles diferenciados anteriormente son lugares de producción de sentidos que se interceptan y reconstituyen, condensándose, circunstancialmente, en una decisión judicial, en una ley sancionada o en cualquier otro producto jurídico, para transformarse inmediatamente en una nueva fuente de sentido.

El discurso del derecho está ligado al poder, lo legitima y constituye, en tanto “el sentido con que se define esta práctica está determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas sociales en pugna en un tiempo y en un lugar determinados”.⁽³⁾ El poder se legitima y constituye no solo por el ejercicio legal de la violencia que el Estado monopoliza a través del derecho, sino también mediante mecanismos productores de consenso, sumisión y aceptación. “Es que el derecho reprime muchas veces haciéndonos creer que estamos de acuerdo con ser reprimidos y censurados. Por su propio mecanismo censor sostiene la ilusión del no conflicto, lo encubre para mantener la creencia en el orden, en las instituciones que sacraliza”.⁽⁴⁾

Los portadores del saber de la lógica interna “con que el discurso del derecho se organiza y se enuncia, disponen por ello de un poder específico”.⁽⁵⁾ Estos son magistrados, abogados, juristas, profesores de derecho, entre otros.

Parte de esa lógica interna implica tener presente que el discurso del derecho está estructurado por las nociones de verdad y ficción. La verdad entendida como de una condición frágil, en tanto ha sido establecida en el desarrollo de la ciencia de modo arbitrario en algunos casos (método axiomático) y precario en otros (método hipotético deductivo).

Está socialmente construida, es el resultado dialógico de la interacción humana, por lo que se puede afirmar que se trata de acuerdos acerca del sentido de ciertas conductas, del valor de determinadas prácticas, de la virtud de algunas instituciones. No es posible, por lo tanto, descubrir la

(3) RUIZ, ALICIA, “La ilusión de lo jurídico”, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, parte II, Bs. As., AbeledoPerrot, 1991, p. 173.

(4) RUIZ, ALICIA, “¿Quiénes son sujetos de derecho? ¿Quién dice qué es el bien común?”, en *Conversaciones Feministas. Políticas de reconocimiento*, Bs. As., Ají de Pollo, 2009, p. 119.

(5) RUIZ, ALICIA, “La ilusión de lo jurídico”, *op. cit.*

verdad, puesto que es el resultado de complejas operaciones que se materializan en diferentes prácticas —de las que el derecho forma parte— en un proceso de permanente designación de sentido en un mundo que no es homogéneo ni admite una única lectura.⁽⁶⁾ Umberto Eco ha expuesto la debilidad del criterio de verdad al que aludimos a diario del siguiente modo:

Leer relatos significa hacer un juego a través del cual se aprende a dar sentido a la inmensidad de las cosas que han sucedido en el mundo real. Al leer novelas, eludimos la angustia que nos atañe cuando intentamos decir algo verdadero sobre el mundo real (...) pienso que nosotros leemos novelas porque nos dan la sensación confortable de vivir en un mundo donde la noción de verdad no puede ponerse en discusión, mientras que el mundo real parece ser un lugar mucho más insidioso".⁽⁷⁾

Por otra parte, el derecho contemporáneo de Occidente ha aceptado la herencia de la *fictio juris*. Esta tiene dos grandes supuestos legitimantes: que todos los hombres son iguales ante la ley y que el derecho se reputa conocido por todos. Pero sumado a ellos existen infinidad de ficciones, la de los conmorientes, la persona jurídica, el carácter del bien inmueble, la cosa juzgada, etc., permitiendo su evocación no solo transformar el curso natural de los acontecimientos, sino también operar como soporte legitimatorio de un orden político determinado. Los portadores del saber consolidan su poder a través de la ficción, configurando la realidad sobre la base de la normatividad que, a su vez, se encuentra erigida sobre una ficción. Vemos que la ficción no es una herramienta ocasional del jurista, sino que está presente en la misma trama de su discurso. Su actividad es un despliegue de un importante esfuerzo imaginativo, es la creación de toda una forma de pensar y de expresarse, provocando un entramado eficaz entre el mundo de la acción y el de la representación. Las ficciones aparecen como "arrogancias de la imaginación jurídica", caracterizadas como un poder positivo de producción de formas, no siendo imitación de algo ya dado, sino un descubrimiento de posibilidades. En un pensamiento ficcional no hay nada que simplemente sea, pues todo es interpretación, artificio y sentido. Es un lenguaje de un mundo construido sobre la base

(6) RUIZ, ALICIA, "La construcción social y jurídica de la verdad", en *Idas y Vuelas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Editores del Puerto, 2001, pp. 79/84.

(7) ECO, UMBERTO, "Los bosques posibles", en *Seis paseos por los bosques narrativos*, cap. 4, Bs. As., Lumen, 1996, pp. 97 y 100.

de símbolos, ídolos y metáforas, con capacidad de crear representaciones, imaginar realidades y generar polivalencia.⁽⁸⁾

El derecho entendido desde esta perspectiva ayuda a abordar mejor ciertos problemas tradicionales y descubrir algunos nuevos que aparecen como demandas de la realidad. Permite conocer las normas sin sobre-dimensionarlas y comprender la producción jurídica como algo más que meras predicciones de los jueces; se incorporan las dimensiones de la sociedad y las cuestiones de la ideología y el poder. El derecho puede ser visto como un fenómeno positivo, histórico, público y social porque su teoría es interdisciplinaria y, a la vez, sistémica.

2. El juez y su narración, la sentencia

La visión que proponemos implica reconocer que el juez al momento de resolver un conflicto no es un ser imparcial, ecuánime, pasible de recusación “redentora” en caso de sospecha. No es “la boca que pronuncia las palabras de la ley” de modo neutral.⁽⁹⁾ Desde esta óptica, su función no está ceñida a la subsunción, entendida como un silogismo lógico en el que la norma jurídica aplicable opera como una premisa mayor que contiene a los hechos —premisa menor— y la sentencia como conclusión.⁽¹⁰⁾

(8) MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS IGNACIO, “Ficción Jurídica: El poder de la imaginación en el derecho”, en *La imaginación jurídica*, cap. IV, Bs. As., Debate, 1992, pp. 95/117.

(9) CALVO, JOSÉ, “Semiótica jurídica y narración”, en *Derecho y narración*, cap. IV, Barcelona, Ariel, p. 100, 1996. Estos han sido los ingredientes en el proceso de elaboración del “Gran Relato” destinado a legitimar instituciones y prácticas sociales y políticas. Con la modernidad logrará hacer en la imagen de juez, expresión de un poder legitimado desde la imparcialidad y ecuanimidad. Se pregunta Calvo cuál ha sido el recorrido de ese relato que tiene incidencia hasta el día de hoy y que lo tendrá en el futuro, y se contesta que la construcción fabulística se sirve de la ideación del *iudex absconditus*, dispuesto como un actante cuyo juego no es otro que el del secreto, enterrando bajo esa imagen toda posibilidad de comunión en el prójimo, humano, orgánico.

(10) Ver CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, “Ficción y verdad en la escena del proceso”, en *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, cap. III, Bs. As., LexisNexis, 2007, p. 39. Por su parte, Calvo indica que en el análisis del proceso aplicativo de la ley, desde el punto de vista de los casuistas, se efectúa en las siguientes etapas: 1) individualización del enunciado normativo válido que disciplina el caso y de un significado del mismo lo suficientemente preciso de cara a la decisión, 2) comprobación de un hecho como probado, 3) subsunción del hecho en cuestión a la norma aplicada, y 4) determinación vinculante de las consecuencias legales. Agrega que la norma (premisa mayor) funciona, pues, como criterio reductor o esquema dogmático de contención de los hechos (premisa menor), permitiendo su puntualización objetiva, para desde allí prescribir —pre-escribir— por subsunción la hipotética conclusión lógicamente deducible, ver CALVO, JOSÉ, “Introducción”, en *El discurso de los hechos*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 24/25.

El juez, cuando recibe una causa para resolver, no tiene a su disposición los hechos que han ocurrido con anterioridad a su intervención. Tal como sostiene Cárcova, citando a Calvo González: "el proceso se ocupa de una realidad ya vivida, y en ese sentido plenamente gastada; incumbe a hechos pretéritos, hechos agotados que definitivamente quedaron en el pasado, hechos póstumos, hechos en suma, donde junto a su presente existencial, también su posible verdad fáctica está desaparecida".⁽¹¹⁾ Esos hechos que ya no existen, que son parte del pasado podrán aparecer, ser "oídos" mediante la reconstrucción como narración que hará el juez.

Calvo habla de una comprensión narrativa del discurso de los hechos. No se tratará, entonces, de articular las relaciones entre hechos y derecho en forma simétrica y transitiva, como paso inclusivo de los hechos a normas y de estas a los hechos; sino de componer los hechos como historia que se narra. El discurso no será uno descriptivo, donde los hechos sean simple literalidad que muestre consistencia con sentidos y significados previos, sino una organización narrativa del discurso, donde los hechos ganen sentido autónomo, adquieran peculiar significado y construyan su propia coherencia.⁽¹²⁾ El juez, entonces, estará atento al relato de los hechos, a su discurso narrativo, más que a su descripción. También construirá, entre dos relatos rivales que son objeto de interpretación y que contienen una **estrategia narrativa de verdad**, "su relato", valiéndose para ello de la producción de pruebas que —en muchas ocasiones— son portadoras, asimismo, de relatos. La complejidad de esta tarea y su resultado no poseen garantías algorítmicas, no hay fórmulas que aseguren que las elecciones del magistrado sean certeras. Estos hechos, aducidos y probados, no se presentan aislados ni separados unos de otros, sino, como dijimos, se organizan en la sentencia a modo de relato, resultado, a su vez, de una interpretación cargada de valoraciones e ideologías. Así, el juez, como cualquier otro ser humano, está siempre —consciente o inconscientemente— incluido en un cierto modo de mirar el mundo. La difícil actividad del juez requiere, asimismo, una selección normativa, debe decidir qué normas son aplicables al caso sin poder valerse, tampoco, de una lógica matemática. Situación que se complejiza aún más si tenemos en cuenta que a las normas se les pueden asignar diversos sentidos.

.....

(11) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, "Ficción y verdad en la escena del proceso", *op. cit.*, p. 40.

(12) CALVO, JOSÉ, "Da mihi factum dabo tibi ius", en *El discurso de los hechos*, Madrid, cap. I, Tecnos, 1998, p. 27.

Umberto Eco en *Seis Paseos por los Bosques Narrativos* nos explica que un universo narrativo, por una parte, debería presentarse como un pequeño mundo infinitamente más limitado que el mundo real; pero, por otra, al contener al mundo real como fondo, es más vasto que el mundo de nuestra experiencia. Agrega que los mundos de ficción ponen entre paréntesis la mayor parte de las cosas que sabemos sobre este y nos permiten concentrarnos en un mundo finito y cerrado, muy parecido al nuestro, pero más pobre. En efecto, esto es lo que ocurre cuando el juez debe decidir cuáles son los hechos que va a describir en su sentencia, que serán los que considere "relevantes". Si bien forman parte del mundo real, el juez construye un universo más pequeño que el real en tanto contiene elementos de aquel mundo real, pero limitados a lo que considera como necesarios para su relato.

También sostiene que de un personaje narrativo sabemos todo lo que hay que saber, ya que se me aporta todo lo necesario para entender su historia. En este contexto, lo que no se dice no es importante y nos advierte que si bien el mundo es más extenso que lo que el juez narra, lo que dice es suficiente para entender la historia que nos cuenta, en tanto se contextualizan los elementos necesarios para comprender el relato.

La tarea de constante interpretación que realiza el juez a lo largo del proceso a fin de llegar a una decisión jurídica no es una operación unívoca, ya que los textos (normas, escritos, pericias, etc.) dicen diferentes cosas, encierran diferentes significados, siendo todos ellos plausibles, porque aceptan diferentes lecturas. En torno al texto "orbita una masa o espacio textual que constituye la atmósfera del texto, la intertextualidad, donde el dialoguismo representa la interacción continuada entre sus significados (contenidos) y sentidos (funciones)".⁽¹³⁾

Este diálogo intertextual puede establecerse de diversas maneras; lo que hay que tener presente es que en todo relato aparece un texto "extranjero" transtextualizado, ya sea como reminiscencia o como cita, pero en ambos casos como texto substrato, o a través de otras funciones de relación como la réplica, el comentario, la analogía, etc. La intertextualidad comprende —entre otras— la relación entre lenguaje y metalenguaje, obra y crítica literaria, derecho y doctrina. Se trata de relaciones estable-

.....
(13) CALVO, JOSÉ, "Experiencia interpretativa" en *Comunidad Jurídica y experiencia interpretativa*, Barcelona, Ariel Derecho, 1992, p. 30.

cidas entre unos textos que aparecen como objetos de reflexión de otros textos, los cuales se refieren a los primeros para ordenarlos, explicarlos, desentrañarlos, comprenderlos y estimarlos. Si apreciamos esas relaciones introduciendo el factor tiempo y entendiéndolas como un proceso, vemos que los términos que la componen se complican y sobredeterminan mutuamente. Ese análisis permite descubrir aspectos no apreciados de una norma, aportando interpretaciones novedosas, resignificándolas, haciendo que se constituyan en nuevos objetos de reflexión cargados de este nuevo sentido.⁽¹⁴⁾

Eco nos enseña que existe una división del trabajo lingüístico, que es, al fin y al cabo, una división del saber, por el que se delega a otros el conocimiento de una parte del mundo real, reservándose una parte para mí mismo. Para muchas cuestiones es posible fiarse del saber ajeno, para algunas otras, cabe recurrir a un sector especializado del saber y para las demás, se debe recurrir a la Enciclopedia.

Entendemos que la actividad del juez al sentenciar es múltiple, es decir, que se vale de conocimientos propios, pero también toma de otras ciencias, elementos que coadyuvan a efectuar el relato. Se valdrá de pericias, traducciones, interpretaciones doctrinarias, precedentes y demás, para dar forma al relato, en tanto el conocimiento que tiene el juez es limitado y debe servirse de elementos externos para efectuarlo. Así, cuando un texto legal no resulta ser claro en algún punto, ya sea por vaguedad y/o ambigüedad, el intérprete procede a aplicar lo que se denomina “reglas de interpretación” que, en definitiva, tratan de desentrañar lo que el autor del texto quiso decir. Esta tarea interpretativa debe entenderse como un modo de conocer. El juez debe repasar o releer lo que otros jueces han dicho con anterioridad —sobre todo en el derecho consuetudinario— para luego formar su propia opinión del asunto y así pasar a formar parte de una cadena de opiniones, ya que su interpretación de ese caso particular servirá de eslabón para el siguiente juez que tenga que resolver una cuestión semejante a esa.

También hay que considerar que la interpretación del derecho debe ajustarse a las formas del derecho, pero asimismo debe mostrar un valor (resolver disputas sociales o individuales; asegurar que se haga justicia entre

.....
(14) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, “Sobre el razonamiento judicial”, en *Las teorías jurídicas post positivistas*, cap. XIII, Bs. As., LexisNexis, 2007, pp. 180/181.

los ciudadanos entre sí y respecto del estado, etc.). Dice Ronald Dworkin, "la interpretación de cualquier cuerpo o división del derecho, debe mostrar el valor de tal cuerpo jurídico en términos políticos, demostrando —o mostrando— el mejor de los principios que dicho cuerpo debe tener para prestar un servicio".⁽¹⁵⁾ Aunque no existe una fórmula para determinar la veracidad de la historia que se interpreta, puede afirmarse que será correcta aquella que no se remita exclusivamente a la intención particular de alguien y sea decidida como un asunto de teoría política. Ese autor resume la cuestión afirmando que "los jueces desarrollan su particular enfoque respecto a la interpretación jurídica, construyendo y refinando una teoría política sensible a aquellos asuntos sobre los que la interpretación dependerá en los casos particulares".⁽¹⁶⁾ Por lo tanto, la interpretación de cualquier juez sobre cuál es la mejor interpretación es el resultado de creencias que otros jueces pueden o no compartir.

El juez construye de este modo la verdad del proceso (recordemos lo precaria que es esa noción) que estará sostenida por la coherencia narrativa⁽¹⁷⁾ entendida no como un método para verificar en grado de confirmación absoluta la certeza de determinada ocurrencia de los hechos, sino como determinante de lo razonable y plausible de un discurso. Como sostiene Eco,⁽¹⁸⁾ una aseveración es verdadera dentro del mundo posible de una determinada historia. Así como en el mundo narrativo el autor nos encierra dentro de las fronteras de ese mundo y nos induce a tomarlo en serio incorporando datos del mundo real, el juez se vale de diversos institutos procesales (traba de la *litis*, hechos alegados y probados, etc.) para crear un contexto donde su historia sea posible en el mundo del expediente.

La verdad se construye, entonces, en el expediente judicial y es allí donde los hechos se vuelven significativos y relevantes, siendo que "existen" solo aquellos que han sido probados y a los que los jueces refieren en sus sen-

.....

(15) DWORKIN, RONALD, "Cómo el derecho se parece a la literatura", en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, p. 169.

(16) DWORKIN, RONALD, "Cómo el derecho se parece a la literatura", *op. cit.*, p. 171.

(17) En contraposición se puede sostener como narrativamente incoherente la hipótesis posible que forme inverosímiles discursos y conduzca a una decisión no plausible por absurda o arbitraria. Ver CALVO, JOSÉ, "Ignorantia facti non excusat", en *El discurso de los hechos*, cap. II, *op. cit.*, pp. 77/78.

(18) ECO, UMBERTO, "Los bosques posibles", *op. cit.*, pp. 87/89 y 97.

tencias desde su modo de mirar el mundo. Desde allí conocen hechos y normas, asignan sentidos, comprenden y juzgan; es decir, construyen una realidad y una verdad. Tal como sostiene Alicia Ruiz,⁽¹⁹⁾ lo que ocurre en el expediente judicial se parece a la labor de un historiador al tratar de indagar acerca de lo ocurrido mediante el descubrimiento de ciertas huellas, descubrimiento que dependerá de la perspectiva del "historiador" y que lo llevará a encontrar algunas y a no advertir otras.

La articulación entre esos hechos —huellas descubiertas— y normas, puede darse de diversas formas, y en ese cruce está la verdad que el derecho produce con efectos reales; tan reales que el poder simbólico de la sentencia trasciende a los sujetos que son afectados por ella.

Umberto Eco dice que la manera en la que aceptamos la representación del mundo real no difiere de la manera en que aceptamos la representación del mundo posible representado en un libro de ficción; la diferencia está, obviamente, en el grado de confianza. El juez en su sentencia despliega elementos ficcionales muy diversos, los que se encuentran engarzados de forma tal de representar el mundo real. Así, a través del juego ficcional del juez, el "lector" o destinatario de su mensaje (que son múltiples sujetos, algunos determinados y otros indeterminados), acepta la propuesta que se le presenta como real; máxime atendiendo al grado de confianza que "invierte" la magistratura.

Entonces, la decisión judicial es performativa, no solo respecto de los sujetos involucrados en el proceso, sino también respecto del mundo. La sentencia va a decidir el pasado, dando a ver una "manifiesta voluntad de dominio que afecta el presente y, sobre todo, alcanza al porvenir en la condición de cosa juzgada".⁽²⁰⁾

Calvo⁽²¹⁾ refiere a una "experiencia interpretativa", calificándola de ideológica. En efecto, el acto de interpretación no es un acto neutral, sino que se ve influenciado por cuestiones históricas, sociales y hasta valorativas del propio intérprete. Indica que al "actuar" el intérprete sobre los textos jurídicos, se ubica como el actor se sitúa, dialogal y escénicamente, sin conducirse arbi-

(19) RUIZ, ALICIA, "La construcción social y jurídica de la verdad" en *Idas y Vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, op. cit., p. 82.

(20) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, "Ficción y verdad en la escena del proceso", en *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, cap. III, Bs. As., LexisNexis, 2007, p. 42.

(21) CALVO, JOSÉ, "Experiencia interpretativa", op. cit., pp. 23/29.

trariamente, sino de acuerdo a ciertos procedimientos preestablecidos que resultan comprensibles debido a la acumulación de la experiencia por parte de la "comunidad interpretativa". Dentro de este escenario ocurre lo que Calvo denomina narrativa jurídica, que es el modo en el que el autor (para el caso juez) transmite su mensaje, convirtiéndose en autor y actor a la vez, ya que no cuenta con otro sujeto fuera de él mismo que lo represente.

Así, el receptor del mensaje del juez, que generalmente es escrito, deberá —como primera medida— descifrar su mensaje, convirtiéndose en lector. Para abordar ese texto narrativo, como diría Umberto Eco,⁽²²⁾ el lector deberá aceptar, tácitamente, un **pacto ficcional** con el autor (juez). El lector sabrá que lo que se le cuenta (sentencia) es una historia imaginaria, construida sobre la base de pruebas, hechos, indicios, con relatos y sentidos diversos, sin por ello pensar que el autor está diciendo una mentira. El autor "finge" que hace una afirmación verdadera y el lector acepta el pacto ficcional, fingiendo que lo que el juez cuenta es verdad.

En definitiva, la interpretación del receptor es mucho más compleja que simplemente "leer" el mensaje del juez. Deberá encajar esas palabras en un "contexto y entretexto" de forma tal de poder desentrañar y comprender lo que evocan las palabras, las imágenes mentales que ellas conducen y así develar el "discurso invisible". Ese discurso está formado —además de expresiones claras y directamente asequibles en su significado— por vocablos de difícil comprensión que deben ser decodificados y que forman parte de una sintaxis cultural propia de la actividad del juez. Esta situación se complejiza si advertimos que el juez no tiene —como el actor— recursos más allá de sus palabras (escenografía, más actores, música, luces, etc.) para transmitir su mensaje, lo que implica una cooperación interpretativa del lector, una actividad creadora.

En el imaginario del lector, el contexto y el entretexto lo incitarán a averiguar los nexos de relación sugeridos desde el texto de origen con otros posibles textos (intertextualidad). Evocando nuevamente a Eco,⁽²³⁾ en el pacto ficcional, todo lo que el texto no especifique como diferente del mundo real será sobreentendido como perteneciente a las leyes y a la situación del mundo real, haciendo así que la sentencia sea interpretada por el lector como la verdadera solución posible en el mundo posible del expediente.

.....

(22) ECO, UMBERTO, "Los bosques posibles", *op. cit.*, p. 85.

(23) *Ibid.*, pp. 92/93.

Hay que tener presente que tanto el juez, intérprete de normas y hechos (textos) como los lectores de su relato (sentencia) —ya sea actor, demandado, o resto de los seres alcanzados por aquel— “pueden inferir de los textos lo que los textos no dicen explícitamente (...), pero no pueden hacer que los textos digan lo contrario de lo que han dicho”.⁽²⁴⁾

3. Difícil, pero ¿imposible?

Como se puede apreciar, la tarea del juez es sumamente compleja. Recordando a Ost, podemos pensar al derecho con la imagen de Hermes, el mensajero de los dioses, siempre en movimiento entre el cielo, la tierra y los infiernos. Es el mediador universal, el gran comunicador, no conoce otra ley que la circulación de los discursos con la que arbitra los juegos siempre recomenzados. La trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red,⁽²⁵⁾ una multitud de puntos de interrelación. El derecho posmoderno o el “Derecho de Hermes”, es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos. “[E]l derecho como circulación de sentido es en donde hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tienen privilegio”.⁽²⁶⁾ Sentido, no como un recinto a puerta cerrada, sino como un corredor que comunica de puerta en puerta a otros recintos. Es el peregrinaje de la mano del sentido que nos pone a las puertas del sentido (ya que el sentido es parte del sentido), donde cada mirilla es un punto de vista.⁽²⁷⁾ Podemos decir que la circulación del sentido jurídico opera en el espacio público y nadie podría, sin violencia o ilusión, pretender acapararlo.⁽²⁸⁾

En esta inagotable idea de derecho, los juristas, en especial los jueces, son los intérpretes más autorizados, como dijimos en un principio, pero esta consagración no les asegura ningún monopolio. Se espera de estos jueces

.....

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

(25) OST, FRANÇOIS, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, 1993, pp. 169/172. No de pirámide como en el modelo de Júpiter o embudo en el modelo de Hércules.

(26) OST, FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 181.

(27) CALVO, JOSÉ, “La justicia como relato”, en *Justicia y semionarrativa: imagen, gesto y relato*, Málaga, Ágora, 2002, pp. 26/27.

(28) OST, FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 181.

que hagan lo imposible, que administren justicia conjugando singularidad y generalidad. Podemos, además, decir que en momentos como el actual se requiere de los jueces mucho más que resolver conflictos, se les requiere que asuman "la tarea de salvar los muebles del Estado de derecho". Para hacerse eco de ese reclamo y participar en la lucha democrática, sostiene Alicia Ruiz, los jueces cuentan con una función que les es propia y con la posesión de un saber peculiar, y esas son armas privilegiadas, porque derecho y democracia se encuentran inescindiblemente ligados, como términos de una paradoja.

En la democracia, el discurso del derecho proporciona la ilusión de suprema garantía del orden, de seguridad, de previsibilidad de lo que es definitivamente indeterminable y así, legitima lo provisorio, lo cambiante, lo imprevisible. A través del acto de juzgar, el juez protagoniza y construye la trama de esa ilusión:

Una alternativa democrática radicalizada exige pluralidad, otras relaciones sociales, la construcción de nuevas formas de subjetividad y de ciudadanía, la búsqueda de respuestas a las demandas de igualdad real y no solo formal, todo lo cual no podrá concretarse, sin una intervención fuerte en la trama del discurso del derecho, que sacuda los presupuestos epistemológicos de la ciencia jurídica, una intervención que implica a la sentencia judicial.⁽²⁹⁾

El derecho, entendido como una circulación de sentidos, permite redefiniciones variadas, donde cada una de ellas abre un espacio de lucha por la construcción de nuevas hegemonías. "La deconstrucción de categorías cristalizadas, la resignificación de los conceptos con los que el derecho opera en el imaginario de la sociedad, implican una intervención política desde la especificidad de lo jurídico".⁽³⁰⁾ Cuando el derecho nos interpela, nos promete, nos otorga, nos reconoce, nos constituye como sujetos de derecho. Si alguien no es interpelado por el derecho, no es reconocido como sujeto, no es humano:

[E]l derecho nos instala frente al otro y ante la ley. Sin ser aprehendidos por el orden de lo jurídico no existimos, y luego solo existimos según sus mandatos. No somos sujetos de derecho, sino que estamos sujetos por él (...) La fórmula de la "igualdad ante la

(29) RUIZ, ALICIA, "Del imposible acto de juzgar", en *Idas y Vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, op. cit., p. 34.

(30) *Ibid.*

ley" alude desde el discurso jurídico a "la condición humana" (...) La "humanidad" tutelada refiere siempre e inevitablemente a las condiciones —legitimadas por el derecho— que hacen "humanos" a, y solo a, algunos individuos y grupos. Es otra vuelta de tuerca de las ficciones que el derecho moderno construye cuando en nombre de la humanidad borra a los individuos concretos.⁽³¹⁾

Sin perjuicio de ello, abandonar por completo la idea de que todos somos iguales ante la ley no parece ser la solución, "[a]unque insuficiente, es portadora de ciertas marcas valiosas de nuestra cultura y de conquistas obtenidas a través del esfuerzo y sacrificio de muchos, en procura de una sociedad mejor".⁽³²⁾ Ahora bien, lo que sí es posible es advertir que el abismo entre lo particular y lo universal puede resignificarse si nos hacemos cargo de que la idea de universalidad ha sido heredada de la modernidad y que su instauración fue posible en tanto un particular dominante lo hizo posible. Caso contrario, no llegaremos a una sociedad reconciliada, pues, paradójicamente, esa igualdad inclusiva excluye a una buena parte de la humanidad. La posibilidad de una democracia radical implica dejar atrás la categoría de sujeto como esencia unificada y unificante, romper la matriz del individualismo posesivo. Si el sujeto está social e históricamente constituido, habrá que partir de las desigualdades, de las diferencias para configurar múltiples espacios de igualdad. "No queremos que se nos interpele y que se nos constituya como iguales a costa de nuestra desgracia, de nuestro sometimiento, de nuestro silencio y de nuestra resignación a ser como y a estar donde otros nos ordenen, sino de asegurar la igualdad de los diferentes, y siempre que tengamos la posibilidad de participar en la decisión de cuales diferencias son relevantes".⁽³³⁾

Los operadores del derecho, en especial los jueces, intérpretes últimos de la ley, tienen la posibilidad única, a través de las sentencias de incorporar la diferencia en el campo de la igualdad. Cuanto más sean las diferencias incorporadas, más serán los "otros" con los que podremos construir nuestra identidad.

.....

(31) RUIZ, ALICIA, "¿Quiénes son sujetos de derecho? ¿Quién dice que es el bien común?" en *Conversaciones Feministas. Políticas de reconocimiento*, Bs. As., Aji de Pollo, 2009, pp. 121/122.

(32) RUIZ, ALICIA, "De la deconstrucción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía", en *Idas y Vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, op. cit., p. 74.

(33) *Ibid.*, p. 75.

4. Conclusión

Lejos de dar una respuesta acabada a todo lo que implica ser juez y dictar una sentencia, nuestra intención fue dejar al descubierto que la mayor parte del tiempo se consagra esa labor como la aplicación mecánica del orden jurídico, como si fuera un hecho natural aplicar normas de tal o cual manera. Muy por el contrario, el juez que intentamos describir se encuentra inmerso en una sociedad, es parte de ella, y su actividad es imprescindible para lograr la profundización de formas cada vez más amplias e inclusivas del modelo democrático. Tarea que puede parecer imposible y angustiante, pero el camino a la sentencia justa, al ideal de justicia, implica renunciar a la comodidad de creerse neutral y atreverse a reconocer la diversidad de los demás.



BIBLIOGRAFÍA



- ACAMBEN, GIORGIO, "El autor como Gesto", en *Profanaciones*, Bs. As., Adriana Hidalgo, 2005.
- ÁLVAREZ RIPALTA, ADRIÁN, *Arturo Frondizi. La doble vía del peronismo*, 2001, libro electrónico disponible en www.quedelibros.com
- ARAÚJO FREIRE, ANA M., "La pedagogía del oprimido de Paulo Freire", en *Pedagogía de la liberación en Paulo Freire*, Barcelona, Graó, 2004.
- ARECHIGA CÓRDOBA, ERNESTO, "Una nueva propuesta de discusión en torno a la Carta de Jamaica", en *Cuadernos Americanos*, n° 58, año X, México, 1996.
- BASUALDO, EDUARDO M., "Concepto de patrón o régimen de acumulación y conformación estructural de la economía", en *Maestría en Economía Política Argentina. Área de Economía y Tecnología de la FLACSO*, marzo, 2007.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Bs. As., Ediar, 1993.
- BOBBIO, NORBERTO, *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Madrid, Taurus, 1995.
- BOLÍVAR, SIMÓN, "Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla" [Henry Culle], Kingston, 06/09/1815, en *Doc-trina del Libertador*, 3ª ed., Caracas, Biblioteca Ayacucho, 2009.
- BONASSO, MIGUEL, *El presidente que no fue. Los archivos ocultos del peronismo*, Bs. As., Planeta, 1997.
- CALCAGNO, ERIC, "Homenaje a Arturo Sampay", en *Miradas al Sur*, n° 166, año 4, 24/06/2011.
- CALVO, JOSÉ, "Experiencia interpretativa", en *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa*, Barcelona, Ariel Derecho, 1992.
- CALVO, JOSÉ, "La justicia como relato", en *Justicia y semionarrativa: imagen, gesto y relato*, Málaga, Ágora, 2002.
- CALVO, JOSÉ, "Semiótica jurídica y narración", en *Derecho y narración*, Barcelona, Ariel, 1996.
- CALVO, JOSÉ, *El discurso de los hechos*, Madrid, Tecnos, 1998.
- CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007.
- CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO, "Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Colegio de Abogados, n° 41, San José de Costa Rica, 1980.

- CELTON, DORA (ed.), *Cambios demográficos en América Latina: la experiencia de cinco siglos*, Córdoba, Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba, 1998.
- CERUTI, LEÓNIDAS, "Los fusilamientos en los basurales de José León Suárez", [en línea] <http://www.ctarosario.org.ar/article266.html>
- CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Tratado de Derecho Procesal*, Bs. As., Ediar, 1968.
- COOKE, JOHN W., *Peronismo y Revolución*, Bs. As., Papiro, 1971.
- CUEVAS CANCINO, FRANCISCO, *La Carta de Jamaica redescubierta*, México, Colegio de México, 1975.
- D'ORSI, ÁNGELO, (comp.), *Alla ricarica della politica. Voci per un Dizionario*, Turín, Bolatti Boringhieri, 1995.
- DE GORI, ESTEBAN, *La República Patriota. Travesías de los imaginarios y de los lenguajes políticos en el pensamiento de Mariano Moreno*, Bs. As., Eudeba, 2012.
- DUHALDE, EDUARDO LUIS (comp.), *John William Cooke, Obras Completas*, Bs. As., Colihue, 2007, [en línea] http://archivohistorico.educ.ar/sites/default/files/VIII-%202004_0.pdf
- DWORKIN, RONALD, "Cómo el derecho se parece a la literatura", en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- ECO, UMBERTO, "Los bosques posibles", en *Seis paseos por los bosques narrativos*, Bs. As., Lumen, 1996.
- FERNÁNDEZ AGUAYO, SERGIO, "Persona, Sociedad y Economía en Jacques Maritain", [en línea] <http://www.maritainargentina.org.ar/jacques/persona.html>
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010.
- FILIPPI, ALBERTO (dir.), *Argentina y Europa. Visiones españolas, ensayos y documentos: 1910-2010*, Bs. As., Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, 2011.
- FILIPPI, ALBERTO, "Introducción Histórica", en Irma A. García Netto (comp.), *Principios Generales del Derecho Latinoamericano*, Bs. As., Eudeba, 2009.
- FILIPPI, ALBERTO, "La filosofía política de Norberto Bobbio", en Francisco J. Roig y Alberto Iglesias (eds.), *Norberto Bobbio, Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Universidad Carlos III, Madrid, Dykinson, 2010.
- 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.
- FILIPPI, ALBERTO, "Las peculiaridades históricas de las transiciones democráticas: el legado de Lelio Basso en Sudamérica y en sus archivos de Roma", en *Jueces para la democracia*, n° 77, Madrid, julio, 2013.
- FILIPPI, ALBERTO, *Dalle Indias all'America Latina. Saggi sulle concezioni politiche delle istituzioni euroamericane*, Camerino, Collana dell'Istituto di Studi Storico-Giuridici, Filosofici e Politici, Università degli Studi di Camerino, 1999.
- FILIPPI, ALBERTO, *Instituciones e Ideologías en la Independencia Hispanoamericana*, Bs. As., Alianza, 1988.
- IORELLI, NICOLA, "Mario Pagano exiliado en Milán", en *Revista Archivo Histórico Lombardo*, 1917.

- FLORESCANO, ENRIQUE, “El ideal bolivariano en la Carta de Jamaica”, en *Cuadernos Americanos*, año XXIII, n° 5, México, 1963.
- FONTENEAU, FRANCOISE, *La ética del silencio. Wittgenstein y Lacan*, Bs. As., Atuel/Anáfora, 2000.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1983.
- FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del Poder*, Madrid, La Piqueta, 1979.
- GASPARRI, MARIO y PANELLA, CLAUDIO, *El Congreso Normalizador de la CGT de 1957*, Bs. As., Corregidor, 2008.
- GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, “Nota preliminar”, en Arturo Sampay, *La Constitución Democrática*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1999.
- GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, *La Constitución de 1949*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1971.
- GONZÁLEZ ESPUL, CECILIA, “El Congreso Normalizador de la CGT de 1957 y la participación del Sindicato de la Madera”, [en línea] <http://www.rebanadasderealidad.com.ar/espul-09-13.htm>
- GUARDIA, SARA B., *Mujeres peruanas. El otro lado de la Historia*, Lima, CEMHAL, 2013.
- GUSTAVO A. BRUZZONE y DANIEL R. PASTOR (dirs.), *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal - Casación*, n° 5, Bs. As., Ad-Hoc, 2008
- HIDALGO LEHUEDÉ, JORGE y LANGUE, FRÉDÉRIQUE, “La reformulación del consenso: nuevos modelos de integración de comunidades”, en E. Tandeter, (dir.), *Historia general de América Latina*, vol. IV, Madrid, Unesco/Trotta, 2000.
- IPPOLITO, DARIO M., “Para una lectura política del Ensayo Político de F. M. Pagano”, en *Pensamiento Político*, 2004.
- IPPOLITO, DARIO M., *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Turín, Giappichelli, 2008.
- JARAMILLO, ANA (comp.), *Arturo Enrique Sampay. Obras escogidas*, Colección Pensamiento Nacional, Remedios de Escalada (Bs. As.), Ediciones de la UNLa, 2014.
- JAURETCHE, ARTURO, *El Plan Prebisch: Retorno al coloniaje*, Bs. As., A. Peña Lillo Editor, 1973.
- JELIN, ELIZABETH, “Trauma, testimonio y verdad”, en *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 2002.
- KANT, IMMANUEL, *Crítica de la razón práctica*, Madrid, Escolares, 2001.
- KAUFMAN, ESTHER, “El ritual jurídico en el juicio a los ex comandantes. La desnaturalización de lo cotidiano”, en Rosana Guber (ed.) *El salvaje metropolitano*, Bs. As., Legasa, 1990.
- LÓPEZ, JOSÉ I., “Legalidad y legitimidad de la Constitución Nacional de 1949. Un enfoque histórico”, 18/09/2012, [en línea] www.infojus.gov.ar
- LOZADA, SALVADOR M., “La Constitución del 49”, en *Le Monde Diplomatique*, n° 75, edición Cono Sur, septiembre, 2005, [en línea] <http://www.insumisos.com/diplo/NODE/738.HTM>
- LYNCH, JOHN, *Simón Bolívar*, Barcelona, Crítica, 2006.
- LYRA FILHO, RODRIGO, “Desorden y Proceso: Un epílogo explicativo”, en Doreodó Araujo Lyra (org.) *Desorden y Proceso: Estudios sobre el derecho en homenaje a Roberto Lyra Filho*, Puerto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1986.
- MAIER, JULIO B. J., “Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?”, en *Festschrift für*

- Hans-Joachim Hirsch, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1999.
- MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Bs. As., Editores del Puerto, 1996.
- MAIER, JULIO B. J., *La ordenanza procesal penal alemana*, Bs. As., Depalma, 1982.
- MARCHESI, ALBERTO ALDO, *Las lecciones del pasado, memoria y ciudadanía en los informes "Nunca Más"*, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2001, [en línea] <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D3113.dir/marchesi.pdf>
- MARÍ, ENRIQUE, "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", en *Doxa*, n° 3, 1986.
- MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS, "Ficción Jurídica: El poder de la imaginación en el derecho", en *La imaginación jurídica*, Bs. As., Debate, 1992.
- MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS, *Ficción Jurídica: El poder de la imaginación en el derecho*, Madrid, Debate, 1992.
- MARTÍNEZ, TOMÁS E., "Cómo se salvó Perón del ataque en Caracas", en *Diario La Nación*, 31/07/2002, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/418282-como-se-salvo-peron-del-ataque-en-caracas>
- MARTYNIUK, CLAUDIO, "Tres episodios epistemológicos", en Silvia Rivera (coord.), *Alternativas epistemológicas*, versión digital.
- MARTYNIUK, CLAUDIO, *ESMA fenomenología de la desaparición*, [en línea] http://catedras.fsoc.uba.ar/mari/Archivos/HTML/Marty-niuk_ESMA.htm
- MARTYNIUK, CLAUDIO, *Jirones de piel, ágape insumiso. Epistemología, estética y normatividad*, Bs. As., Prometeo, 2011.
- MERCANTE, DOMINGO A., *Mercante: El corazón de Perón*, Bs. As., de La Flor, 1995.
- MOHADED, ANA, "Relatos de no ficción", en Barrionuevo A., et al. (comps.), *Identidad, representaciones del horror y derechos humanos*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2008.
- NAVARRO, MARYSA, *Evita*, Bs. As., Corregidor, 1981.
- NIETO ORTIZ, MANUEL A., *Los derechos humanos en la Argentina, su estado actual y operatividad*, La Rioja, edición del autor, 2001.
- OST, FRANÇOIS, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", en *Doxa*, 1993.
- PAGANO, FRANCESCO M., *Consideraciones al proceso criminal*, Milán, Tosi y Nobile, 1801.
- PAGANO, FRANCESCO M., *Logica dei probabili applicata ai giudizi criminali*, Milán, 1860.
- PAGANO, FRANCESCO M., *Principios del Código Penal*, Bs. As., Hammurabi, 2002.
- PANIAGUA PÉREZ, JESÚS y RUIGÓMEZ, MARÍA DEL CARMEN, *Documentos sobre la visita a Cuenca del oidor Pedro de Arizola y su proyecto de reforma (1726-1748)*, Madrid, Universidad de La Rioja/Fundación Histórica Tavera, 2009.
- PERÓN, JUAN D., *Los Vendepatria. Pruebas de una traición*, Bs. As., Liberación, 1958.
- PIERPAULI, JOSÉ R., "Arturo E. Sampay: una fundamentación iusnaturalista en torno de la relación entre Teoría del Estado y Constitución jurídica", en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, año V, 1999.
- PINO ITURRIETA, ELÍAS, *Nueva lectura de la Carta de Jamaica*, Caracas, Monte Ávila, 1999.
- PORTOCARRERO, GONZALO, *Racismo y mestizaje*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2007.

- RADING, DAVID A., *Classical Republicanism and Creole patriotism: Simón Bolívar and the Spanish American Revolution (1783-1830)*, Cambridge, Cambridge UP, 1983.
- RAMOS, JORGE A., *La lucha por un partido revolucionario*, Bs. As., Ediciones Pampa y Cielo, 1964.
- RICOEUR, PAUL, “Historia y Narratividad”, en *La identidad Narrativa*, Barcelona, Paidós, 2009.
- RODRÍGUEZ LAMAS, DANIEL, *La Revolución Libertadora*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1985.
- ROSA, JOSÉ M., “La Reforma constitucional”, 12/03/2014, [en línea] <http://bibliotecajosemariarosa.blogspot.com.ar/2014/03/la-reforma-constitucional.html>
- ROUQUIÉ, ALAIN, *Poder militar y sociedad política en Argentina*, Bs. As., Emecé, 1981.
- ROXIN, CLAUS y SCHÜNEMANN, BERND, *Strafverfahrensrecht*, 26ª ed., Munich, C. H. Beck, 2009.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2000.
- RUIZ, ALICIA, “¿Quiénes son sujetos de derecho? ¿Quién dice que es el bien común?”, en *Conversaciones Feministas. Políticas de reconocimiento*, Bs. As., Ají de Pollo, 2009.
- RUIZ, ALICIA, “La ilusión de lo jurídico”, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1991.
- RUIZ, ALICIA, “La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho”, en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, N° 4, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- RUIZ, ALICIA, *Idas y Vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Editores del Puerto, 2001.
- SAMPAY, ARTURO E., “El cambio de las estructuras económicas y la Constitución argentina”, en Dardo González y Néstor Lafleur (coords.), *Sampay. Homenaje 1911-2011 en el centenario de su nacimiento*, 2ª ed. digital, Centro de Estudios Laborales (CEL) Regional La Plata, Berisso y Ensenada, diciembre, 2011, [en línea] <http://www.celregional.com/site/sampay/sampay1.pdf>
- SANTOS MARTÍNEZ, PEDRO, “La Nueva Argentina”, en Félix Luna (dir.), *Memorial de la Patria*, t. 1, Bs. As., Ed. La Bastilla, 1976.
- SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, *Strafprozessrecht*, 4ª ed., Munich, C. H. Beck, 2007.
- SEGOVIA, JUAN F., “El método político-constitucional y el iusnaturalismo de Arturo Enrique Sampay”, en *Jornada de conmemoración de la obra y la persona de Arturo Enrique Sampay*, organizada por Pontificia Universidad Católica Argentina - Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2012.
- SOLER, SEBASTIÁN, “Algunas cuestiones civiles en el Proyecto de Código Penal”, en Alfredo Orgaz y Sebastián Soler, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1963.
- VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Lerner, 1969.
- VERNA, PAUL, *Pètion y Bolívar: cuarenta años de relaciones haitiano-venezolanas y la emancipación de Hispanoamérica (1790-1830)*, Caracas, Oficina Central de Información, Presidencia de la República, 1969.
- VILAS, CARLOS M., “Arturo Enrique Sampay y la Constitución Nacional de 1949”,

[en línea] <http://cmvilas.com.ar/index.php/articulos/14-estado-y-democracia/4-arturo-enrique-sampay-y-la-constitucion-nacional-de-1949>

VIOR, EDUARDO J., “Los derechos especiales en la Constitución de 1949 desde una perspectiva intercultural de los derechos humanos”, en Hugo E. Biagini y Arturo A. Roig (dirs.), *El pensamiento alternativo en la Argentina del siglo XX*, t. II, Bs. As., Biblos, 2006.

VISMANN, CORNELIA, “Las lecciones de escritura del derecho”, en Claudio Martyniuk y Oriana Seccia (coords.), *Crítica y estilos de insumisión. En compañía de Ludwig Wittgenstein, Michel Foucault y Cornelia Vismann* Bs. As., Prometeo, 2013.

WEXLER, BERTA, *Juana Azurduy y las negras de la revolución altoperuana*, Sucre, Centro Juana Azurduy, 2002.

WHITE, HAYDEN, *El contenido de la forma, narrativa y representación histórica*, Bs. As., Paidós, 1987.

ZAFFARONI, E. RAÚL, “Estudio Preliminar”, en *Constitución de la Nación Argentina (1949)*, Bs. As., Archivo Nacional de la Memoria, 2009.

ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2006.

ZANATTA, LORIS, *Eva Perón. Una biografía política*, Bs. As., Sudamericana, 2011.

