

PENSAR EN DERECHO N°21



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

Directora

Mónica Pinto

Comité editorial

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Comité Académico

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Gherzi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1º edición: diciembre de 2022

© 2022

Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Leandro Vergara*

Vicedecana: *Silvia Nonna*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores/as

Consejeros/as Titulares

Mary Beloff
Juan Pablo Mas Velez
Marcela I. Basterra
Daniel R. Vítolo
Leila Devia
Alejandro Alagia
Graciela Medina
Gonzalo Alvarez

Consejeros/as Suplentes

Adelina Loianno
Marcelo Gebhardt
Silvia Nonna
Alfredo Vítolo
Nancy Cardinaux
Juan Pablo Mugnolo
María Blanca Noodt Taquela
Claudio E. Martyniuk

Claustro de graduados/as

Consejeros/as Titulares

Raúl M. Alfonsín
Silvia Bianco
Fabián Leonardi
Martín Río

Consejeros/as Suplentes

Elisa Romano
Enrique Rodríguez Chiantore
Silvia A. Bordón
Romina Nieto Coronel

Claustro de estudiantes

Consejeros/as Titulares

Mateo Agustín Pedroni
Luciana Gallardo
Sebastián Fernández Jaichenco
Juan Martín Sala

Consejeros/as Suplentes

Micaela Castañeda
Joaquín Santos
Trinidad Acuña Bianchi
Lucien Rocío Palacios Gava

Representante No Docente

Lorena Castaño

Secretarios/as

Secretario Académico: *Lucas G. Bettendorff*

Secretario de Administración: *Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria: *Oscar M. Zoppi*

Secretaria de Investigación: *Luciana B. Scotti*

Secretaria de Relaciones Internacionales: *Marta R. Vígevano*

Secretaria de Relaciones Institucionales: *Carmen Virginia Badino Varela*

Secretaria de Vinculación Estudiantil: *Andrea Cristina Luciana Carreras Lobo*

Índice

Dossier Los tributos y la Constitución

La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos
en el derecho financiero y tributario 9
Horacio Corti

El acceso al control de constitucionalidad en materia tributaria
y sus limitaciones..... 23
Pablo José María Revilla

Algunas reflexiones sobre los principios del derecho financiero
y de la institución tributaria en particular 33
Fabiana Schafrik

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Mecanología judicial y estética del derecho según Simondon, a la luz de dos casos
jurisprudenciales: el debate Cossio-Kelsen como controversia epistémica y la
escuela Bauhaus como *justicia design* y *performance* jurisprudencial..... 43
Gonzalo S. Aguirre

Genocidio o crímenes de lesa humanidad en el caso argentino.
A propósito del fallo de la Cámara Federal de Casación sobre
el Juicio “Fuerza de Tareas 5” del TOF 1 de La Plata..... 85
Valeria Thus y Daniel Gonzalez Stier

La despenalización y los nuevos ilícitos administrativos y civiles en la legislación italiana. Estudio de los antecedentes y consecuencias prácticas de los decretos legislativos N° 7 y N° 8 del 15 de enero de 2016.....	117
<i>Leandro Ezequiel Fusco</i>	
Debate por la pena de muerte en el Estado de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX: el caso de Clorinda Sarracán de Fiorini	173
<i>Sandro Olaza Pallero</i>	
Entre artistas, científicos, profetas y operadores político-ideológicos: problemas epistemológicos en torno al objeto y método de la disciplina jurídica	227
<i>Facundo Esteban Mojico</i>	
Nuevas tecnologías e inteligencia artificial. El principio de la autonomía de la voluntad como mecanismo de gobernanza	283
<i>Carolina González Rodríguez</i>	

Dossier

Los tributos y la Constitución

La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho financiero y tributario

*Horacio Corti**

Resumen

Existe actualmente un fuerte desarrollo del DIDH que incide en el derecho financiero y tributario. Dicho desarrollo tiene sus raíces en los instrumentos originarios que han dado lugar, luego de la posguerra, al DIDH, es decir: en las declaraciones de derechos humanos, americana y universal, de 1948.

La doctrina del DIDH referida a la hacienda pública tuvo como primer objeto el presupuesto público, para luego continuar expandiéndose al conjunto de las técnicas jurídico-financieras.

Palabras clave: derecho financiero y tributario, presupuesto, derechos humanos internacionales, derecho tributario y financiero internacional.

* Argentino; Doctor en Derecho; Magistrado en la Cámara de Apelaciones en lo CA-TyRC de la CABA; Profesor Titular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario; Director de la Maestría en Derecho Tributario y Derecho Financiero, ambos en la UBA; Profesor Titular de Finanzas Públicas, de la carrera de doble titulación en Derecho franco-argentino de la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne y la USAL; Codirector del Máster “Derechos humanos, política fiscal y crisis financiera global en Europa y América”, de la Università degli Studi di Roma, Unitelma Sapienza. Autor de, entre otros libros, *Derecho Financiero* (Abeledo Perrot, 1997); *La guerra silenciosa. Lecturas de filosofía del derecho* (Eudeba, 2000); *Derecho Constitucional Presupuestario* (Lexis Nexis, 2007), premiado por la Academia Nacional de Derecho; *La vocación filosófica* (Adriana Hidalgo, 2009); *Derecho a la Ciudad: conquista política y renovación jurídica* (Jusbaire, 2018), en coautoría con Jordi Borja; y su último trabajo, *Financiar la Constitución* (Eudeba, 2020); horaciocorti@gmail.com.

The Effect of International Human Rights Law in Financial and Tax Law

Abstract

There is a strong development of International Human Rights law that affects financial and tax law. This development has its roots in international treaties after the postwar such as the Universal Declaration of Human Rights and the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948).

The International Human Rights law doctrine referring to public finances studied the public budget at first, to then continue expanding to the set of legal financial techniques.

Keywords: Financial and Tax Law, Budget, International Human Rights, International Financial and Tax Law.

I. Dos ejemplos ilustrativos tomados del sistema universal y del sistema regional interamericano

En sus *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina* el Comité DESC incluye tanto en sus principales motivos de preocupación como en sus recomendaciones cuestiones referidas a la política financiera (o fiscal) o, en términos jurídicos, al derecho financiero y tributario.¹

Sobre el punto hay dos momentos clave en el documento, en párrafos dedicados, según sus títulos, a las medidas de austeridad (párrafos 5 y 6) y a la política fiscal y desigualdad (párrafos 22 y 23).

Recordemos brevemente las recomendaciones que nos hizo el Comité.

En el párrafo 6, entre otras cuestiones, recomienda “fortalecer la planificación y ejecución presupuestaria para evitar la infrautilización de los recursos” (6.b.), “asegurar las líneas presupuestarias relacionadas con la inversión social en los grupos más desfavorecidos” (6.c.), así como “aprobar e implementar el presupuesto nacional haciendo todos los esfuerzos para

1. ONU, E/C.12/ARG/CO/4, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1 de noviembre de 2018.

evitar medidas regresivas y asegurando que el presupuesto contenga un enfoque de derechos humanos y género” (6.d.). Recomendaciones, como vemos con claridad, que se refieren al contenido que debe tener el presupuesto (asegurar gastos referidos a la inversión social; evitar la regresividad), a su forma de construcción técnica (enfoque de derechos humanos y de género), a sus funciones (planificación) o su procedimiento administrativo de aplicación (ejecución). Aun cuando no se encuentra mencionado podemos reconocer que aquí está presente el marco conceptual desarrollado por el Comité de los Derechos del Niño en su *Observación General 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)*.²

Por su parte, en el párrafo 23 del referido informe sobre nuestro país, el Comité DESC “recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias no sólo para preservar la capacidad redistributiva del sistema fiscal sino para fortalecerla, incluyendo la posibilidad de revisar la reducción de cargas impositivas a sectores de altos ingresos”. Asimismo, “el Comité recomienda al Estado parte realizar una evaluación transparente de las distintas exenciones tributarias, que permita conocer sus beneficiarios y sus impactos, y posibilite un escrutinio público para determinar cuáles no son justificadas y deberían ser eliminadas”. En este párrafo el Comité pasa a referirse al sistema tributario, donde la recomendación da por supuesto el criterio según el cual aquel sistema debe tener una adecuada capacidad de redistribución de la riqueza. También se refiere a un mecanismo tributario muy específico, tal el caso de las exenciones (técnica clásica que permite excluir del ámbito de la hipótesis de incidencia situaciones fácticas a fin de que no den lugar al nacimiento de obligaciones tributarias).

En resumen, por medio de este ejemplo podemos advertir la incidencia que la práctica del DIDH tiene hoy en día con respecto a la política fiscal de los Estados.

2. ONU, CRC/C/GC/19, *Observación General núm. 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)*, Comité de los Derechos del Niño, 21 de julio de 2016. Realicé un breve comentario al artículo 4 de la Convención en Corti, Horacio, “Comentario al artículo 4º de la Convención de Derechos del Niño: La implementación de la Convención. Efectos sobre la Política Fiscal sobre los Estados”, en *Convención de los Derechos del Niño Comentada*, Edición Especial 30º Aniversario, Ministerio Público Tutelar–Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

Este desarrollo del DIDH en su dimensión universal viene siendo receptado, con los matices del caso, por los subsistemas regionales. Así sucede en nuestra región, en particular y al menos hasta el presente, por medio de la acción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde, creemos, viene jugando un rol significativo la relatoría referida a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Como ejemplo de esta doble tarea de recepción y desarrollo en nuestra región podemos mencionar el *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas* realizado por la referida Comisión.³ De acuerdo a lo expuesto en el parágrafo 502, “los principios de derechos humanos constituyen un marco que apuntala las funciones clave de la política fiscal y la tributación. En este sentido, desde el enfoque de derechos humanos, resultan particularmente relevantes para la política fiscal los siguientes principios y obligaciones: aseguramiento de los niveles mínimos esenciales; movilización del máximo de recursos disponibles para la realización progresiva de los DESC; realización progresiva y no regresividad de estos derechos; y el principio de igualdad y no discriminación”.

Con la intención de colaborar con dicho proceso diversas organizaciones no gubernamentales convocaron a un grupo de expertos para redactar un conjunto de principios y directrices sobre política fiscal y derechos humanos para nuestra región, tarea ya concluida y que puede consultarse en la red.⁴

Los ejemplos anteriores son demostrativos de la incidencia que la práctica del DIDH viene teniendo con respecto a la política fiscal. Dado que en otro lugar realicé una síntesis de la doctrina elaborada en el sistema universal (donde propuse una forma para clasificarla y ordenarla de manera racional, sobre la base de los tipos de obligaciones asumidas por los Estados),⁵ quisiera aquí, muy brevemente, considerar dos cuestiones. Primero,

3. OEA, OEA/Ser. L/V/II.164 Doc. 147, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, Comisión IDH, 7 de septiembre de 2017.

4. <https://www.derechosypoliticafiscal.org/es>.

5. Corti, Horacio, “La política fiscal en el derecho internacional de los derechos humanos: presupuestos públicos, tributos y los máximos recursos disponibles” en *Financiar la Constitución*, Eudeba, 2020. También disponible en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la CABA*, año 9, N° 17 de febrero de 2019.

cuáles son las razones que han llevado a la práctica del DIDH a referirse a la política fiscal. Segundo, cómo se vincula el DIDH con el resto del derecho internacional que también se refiere a la política fiscal.

II. Las razones que explican la incidencia del DIDH en la materia financiera y tributaria

Las razones de la incidencia del DIDH sobre la materia financiera son claras y han sido puestas de manifiesto en las primeras declaraciones emitidas en 1948, más allá de la parcialidad conceptual que revela el enfoque en ese momento asumido.

Como es sabido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en 1948 en Bogotá, ocasión en la que también se dispuso la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA). Hay tres artículos que quisiera destacar de la declaración. De acuerdo al artículo XI “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Por su parte, hay dos artículos (XXXV y XXXVI) que establecen deberes. De acuerdo al primero, “toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias”; conforme al segundo, “toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos”.⁶

Dos son las ideas aquí involucradas.

En primer lugar, las dos últimas cláusulas ponen de manifiesto que los derechos, más allá de las obligaciones correlativas a cada uno de ellos, requieren ser complementados por deberes autónomos, en particular con el deber de contribuir por medio de los impuestos. Los derechos requieren de regulaciones e instituciones que son costosas y que, por ende, exigen la

6. Complementariamente, cabe destacar que la Carta de la OEA dispone, en su artículo 34, que los Estados miembros convienen en que la “distribución equitativa de la riqueza y el ingreso” es un objetivo básico del desarrollo integral y que uno de los medios para conseguirlo consiste en crear “sistemas impositivos adecuados y equitativos” (punto c).

obtención de recursos financieros, donde la declaración refiere al principal medio de financiación de los estados contemporáneos: los impuestos.

Hemos conceptualizado este requerimiento en términos de “dependencia causal” de los derechos respecto de los recursos financieros. Es decir, los derechos son causalmente dependientes de los recursos financieros en la medida en que estos últimos (los recursos) resulten necesarios, en los hechos, para obtener la efectividad de aquellos (los derechos).⁷

En segundo lugar, la cláusula relativa al derecho a la salud (muy ampliamente entendido, ya que se incluye alimentación, vivienda y vestido) contiene un giro lingüístico y técnico diferente, ya que correlaciona el grado de protección del derecho con el nivel que permitan los recursos públicos. Ya no se trata aquí del reconocimiento fáctico (por parte de los autores de la declaración) de una dependencia causal sino del otorgamiento de ciertos efectos jurídicos a esa dependencia a fin de modular el alcance de un derecho o de sus obligaciones correlativas. Podemos llamar a este uso jurídico de la dependencia causal (para otorgarle algún tipo de efecto normativo) “dependencia jurídica” de los derechos respecto de los recursos financieros. Disposiciones análogas serán incluidas en la Declaración Universal (suscripta ese mismo año) y, luego, en el PIDESC (artículo 2), así como en las respectivas cláusulas de implementación contenidas en los convenios referidos a colectivos que incluyen, entre otros, derechos económicos, sociales y culturales (así, por ejemplo, el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño).

Uno de los acicates de la práctica de los órganos del sistema universal con respecto al derecho financiero y tributario será, justamente, interpretar

7. En un desarrollo posterior, que generaliza el argumento al derecho constitucional, proponemos la hipótesis de que todas las instituciones constitucionales modernas (fines, derechos, garantías y órganos) son causalmente dependiente de los recursos financieros, donde, en todo caso, las diferencias son de grado (la cantidad de recursos en cada situación requeridos) y no, digamos así, de naturaleza. Es decir, todos los mecanismos constitucionales requieren de un financiamiento. En un nivel de mayor generalización aún, propio de la teoría general del derecho, la hipótesis se traduce en los siguientes términos: todo el derecho estatalizado moderno es causalmente dependiente de los recursos financieros. Esta circunstancia hace que no solo la coerción sino la hacienda pública sea también un rasgo central del derecho moderno. Puestos, finalmente, al nivel de la teoría general del Estado, la hipótesis sostiene que el Estado moderno se caracteriza, entre otros rasgos, por la presencia de una hacienda pública de carácter impersonal (la hacienda del Estado no es el patrimonio personal del príncipe o monarca).

el sentido y alcance de la dependencia jurídica (entre derechos y recursos financieros) con la finalidad política, a mi entender, de reducir al máximo posible la distancia normativa entre las diferentes categorías de derechos (civiles y políticos por un lado; económicos, sociales y culturales, por otro) sobre la base de las ideas, cada vez dotadas de mayor peso jurídico, de indivisibilidad e interdependencia.

El reconocimiento de la dependencia causal, así como los desafíos planteados por las cláusulas de implementación que plasman algún tipo de dependencia jurídica, ha llevado a los diferentes actores del sistema universal (asamblea general, comités, relatores especiales independientes) a desarrollar una doctrina sobre la política fiscal, la hacienda pública o el derecho financiero y tributario, de creciente complejidad y profundidad. Dicho desarrollo tuvo como objeto, en un primer momento, el gasto público así como la técnica jurídica típica (en la tradición jurídica occidental propia del Estado de Derecho) para vehiculizarlo, es decir: el presupuesto público. La antes mencionada Observación General 19 del Comité de los Derechos del Niño contiene una síntesis de dicha doctrina.

La razón de que el gasto público y el presupuesto hayan sido el primer objeto de consideración es clara, pues la efectividad de los derechos requiere de la asignación de recursos y, justamente, dicha asignación se realiza por medio de la técnica presupuestaria, que le otorga forma legal al gasto público. Por tanto, en el camino analítico-regresivo de los derechos hacia las condiciones de su efectividad el primer elemento que uno encuentra es el presupuesto público en cuanto forma de asignación de recursos.

Claro está, habrá de resultar inevitable que la mirada que se ha detenido a dilucidar el presupuesto en cuanto condición institucional de la efectividad de los derechos continúe el recorrido de su atención hacia la masa de recursos como tal (en la jerga de nuestra disciplina: la renta pública o los fondos del Tesoro, según la letra del artículo 4 del texto constitucional) y, luego, a las técnicas a través de las cuales dicha masa se conforma. En ese deslizamiento de la atención interpretativa será el tributo la segunda técnica financiera considerada por los órganos del sistema universal. Tal como ha señalado en su momento Magdalena Sepúlveda en uno de sus informes en calidad de relatora independiente sobre pobreza extrema, “los ingresos y los gastos son los dos principales instrumentos de la política fiscal. En la política y en la práctica, son complementarios y están interconectados. Ambas funciones son fundamentales para hacer

realidad los derechos humanos, y las normas en materia de derechos humanos son aplicables a todos los aspectos de la política fiscal. Puesto que el gasto público ha sido objeto de numerosos análisis desde la perspectiva de los derechos humanos, la relatora especial se centrará en el aspecto recaudatorio de la política fiscal, en particular, la tributación. Aunque los ingresos no tributarios también son importantes para la mayoría de los Estados, la tributación es la principal fuente de generación de recursos públicos, además de ser también la fuente más sostenible y previsible de financiación para la provisión de bienes y servicios públicos”.⁸

Una síntesis de la doctrina del sistema universal, en este punto desarrollada en particular por el Comité DESC, consiste en la expresión “política fiscal socialmente justa”, que encontramos, por ejemplo, en numerosos documentos referidos a los informes presentados por los países miembros.⁹

En ese sendero, de forma paralela se le ha ido prestando atención a un segundo mecanismo típico para la obtención de recursos por parte de los Estados: el endeudamiento público, en especial el de carácter externo. La actual experta independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Attiya Waris, ha resumido en un informe reciente la labor realizada.¹⁰

Creo que, finalmente, la práctica del DIDH le irá prestando atención a los restantes mecanismos jurídicos por medio de los cuales se conforma la masa de recursos requerida para hacer frente a los derechos humanos: los recursos originarios de los Estados y la moneda.

8. ONU, A/HRC/26/28, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y derechos humanos*, elaborado por Magdalena Sepúlveda Carmona, 22 de mayo de 2014, párrafo 2.

9. Ver, entre otros: ONU, E/C.12/PRY/CO/4, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Paraguay*, E/C.12/PRY/CO/4, 20 de marzo de 2015, párrafo 10.

10. ONU, A/HRC/49/47, *Balance y esferas prioritarias: proyecto para la labor de la titular del mandato*, 23 de diciembre de 2021. Ya este año, la experta independiente Attiya Waris ha producido un nuevo informe: *Hacia una arquitectura fiscal mundial desde una perspectiva de los derechos humanos*, ONU, A/77/169, 15 de julio de 2022.

III. La doctrina del DIDH sobre el derecho financiero y el derecho internacional financiero y tributario

El derecho internacional se compone al menos de dos niveles normativos. Por un lado, un derecho internacional general, compuesto por las disposiciones de mayor generalidad. Si bien no puede afirmarse la existencia de una “constitución” jurídica internacional (como sostienen quienes se refieren a la “constitucionalización del derecho internacional”), sí pueden reconocerse algunas disposiciones que, por su significación, adquieren un estatus normativo privilegiado.

Así, podemos mencionar los principios que deben guiar la actuación de las Naciones Unidas, de acuerdo a la enumeración contenida en el artículo 2 de su Carta (igualdad soberana de los Estados, buena fe, prohibición del uso de la fuerza); las fuentes del derecho internacional postuladas en el artículo 38.1. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o, en fin, las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Todas estas disposiciones, aun en su dispersión, tienen una clara vocación de supralegalidad.

Por otra parte, el derecho internacional, según una expresión ya canónica, se caracteriza por la fragmentación.¹¹ Esto significa que se compone de cuerpos, sectores o sistemas de carácter parcial, con sus propias y específicas finalidades o funciones. El desarrollo histórico del derecho internacional conduce a la conformación de estos ámbitos que tienden, a su vez, a devenir relativamente autónomos. Uno de esos ámbitos puede ser reconocido en términos de “derecho internacional financiero y tributario”.

De acuerdo a la tesis ya clásica de Fernando Sainz de Bujanda, expuesta en 1983 al recibir el doctorado *honoris causa* por parte de la Universidad de Granada, el derecho internacional financiero es un subsector específico del derecho internacional público, identificado (por su contenido material)

11. ONU, A/CN.4/L.682, *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi, 13 de abril de 2006.

en correlación al derecho financiero en tanto específico subsector del derecho público doméstico.¹²

Dicho subsector del derecho internacional se compone de las disposiciones internacionales referidas a las diferentes técnicas financieras: presupuesto, tributo, deuda pública, etc. Estas disposiciones, a su vez, pueden estar contenidas en cuerpos específicos dedicados a regular algún aspecto del derecho financiero y tributario o, en cambio, formar parte de cuerpos jurídicos dedicados a otras cuestiones. Entre los primeros podemos considerar los convenios que coordinan las potestades tributarias de los Estados, las reglas surgidas a raíz del plan BEPS o las disposiciones referidas al gasto público y al endeudamiento creadas por el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea y Monetaria.¹³ Entre los segundos, cabe mencionar el artículo 9 referido a la “gestión de la hacienda pública” contenido en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción o las diversas referencias al financiamiento contenidas en la Agenda 2030 que aprueba los objetivos de desarrollo sostenible (ODS).

Una situación singular la ocupan las disposiciones monetarias (así como las reglas comerciales que inciden en el derecho aduanero) que, desde nuestra óptica, forman parte material del derecho internacional financiero y tributario pero que, habitualmente, son consideradas un momento del derecho internacional económico (junto al derecho internacional de las inversiones).¹⁴

De acuerdo a una visión sinóptica podemos identificar:

- a) el derecho internacional general;
- b) el derecho internacional financiero y tributario, en cuanto subsector del derecho internacional, compuesto por:

12. Fernando Sainz de Bujanda, *Un esquema de derecho internacional financiero*, Universidad de Granada, 1983.

13. Me referí recientemente al derecho internacional financiero en Corti, Horacio, “Hacia un Derecho Internacional Financiero y Tributario”, en *Revista Debates de Derecho Tributario y Financiero, Derecho Internacional Tributario*, Año II, Nº 4–Septiembre 2022, pp. 9-25.

14. Dominique Carreau, Patrick Juillard, Régis Bismuth y Andrea Hamann, *Droit international économique* (6e édition), Dalloz, 2017.

- 1) las disposiciones contenidas en cuerpos jurídicos específicos de carácter financiero y tributario, y
- 2) las disposiciones de carácter financiero y tributario contenidas en cuerpos jurídicos que forman parte de otros subsectores del derecho internacional.

Es en este último apartado donde podemos ubicar al derecho internacional de los derechos humanos en cuanto se proyecta, de manera directa o indirecta, sobre el derecho financiero y tributario.

Considero que actualmente la doctrina se encuentra al menos ante un gran desafío teórico:

- a) dilucidar de qué manera se inserta el derecho internacional financiero en el marco del derecho internacional de carácter general;
- b) armonizar el conjunto de disposiciones contenidas en los cuerpos internacionales específicamente financieros y tributarios;
- c) identificar las disposiciones que se proyectan en el derecho financiero y tributario contenidas en los restantes subsectores que componen el derecho internacional;
- d) integrar (con vocación sistemática) el conjunto de las disposiciones internacionales financieras y tributarias, teniendo en cuenta, a su vez:
 - 1) el diferente estatus normativo de las diversas y variadas disposiciones internacionales (cuestión que incluye el debate sobre el estatus del llamado “soft law”);
 - 2) el orden jerárquico de las fuentes del derecho contenido en las constituciones donde, en el caso argentino, hay reglas que clasifican y jerarquizan a los instrumentos internacionales, así justamente el caso del DIDH, y
 - 3) el enfoque y la regulación que las constituciones contienen específicamente con respecto al fenómeno financiero (cuestión que venimos desarrollando en términos de “constitución financiera”).

Es esta una tarea por hacer, que requiere, claro está, de una labor colectiva y cooperativa de investigación, rasgos habituales, claro, pero aquí ineludibles, en la medida en que podemos verificar un desfase entre, por un lado, la riqueza del derecho positivo (y su veloz dinámica) y, por otro, los marcos reductivos (y relativamente estáticos) de la doctrina encargada de

identificar y reconstruir dicho derecho positivo de carácter internacional, donde, en general, percibimos los límites del *reduccionismo* (considerar solo el derecho internacional tributario) y del *aislacionismo* (del derecho internacional tributario, tanto respecto del derecho internacional general como de los restantes subsectores del derecho internacional, incluido el DIDH).

Y, ciertamente, consideramos que ese reduccionismo y ese aislacionismo no permiten tener una visión fidedigna del derecho positivo y, por ende, dificultan, en vez de facilitar, la mirada crítica, así como la toma de decisiones.

IV. Conclusiones

De acuerdo a lo expuesto:

- a) consideramos que existe actualmente un fuerte desarrollo del DIDH que incide en el derecho financiero y tributario (identificación de un fragmento del derecho positivo);
- b) dicho desarrollo tiene sus raíces en los instrumentos originarios que han dado lugar, luego de la posguerra, al DIDH, es decir: en las declaraciones de derechos humanos, americana y universal, de 1948 (reconstrucción histórica);
- c) la razón de tal presencia y desarrollo radica en la conciencia de la dependencia causal de los derechos humanos con respecto a la hacienda pública o, en otros términos, a los recursos financieros (explicación conceptual);
- d) dicha dependencia causal fue tenida en cuenta, en algunas regulaciones internacionales, para establecer disposiciones que revelan una dependencia jurídica entre derechos y recursos financieros (explicación conceptual);
- e) la doctrina del DIDH referida a la hacienda pública tuvo como primer objeto el presupuesto público, para luego continuar expandiéndose al conjunto de las técnicas jurídico-financieras (reconstrucción histórica);
- f) considerar las proyecciones o incidencias financieras del DIDH forma parte de un desafío hoy mayor, consistente en conceptualizar el derecho internacional financiero al interior del derecho internacional general y en correlación con los restantes subsectores del derecho internacional (programa de investigación).

Bibliografía

- Corti, Horacio, “Comentario al artículo 4º de la Convención de Derechos del Niño: La implementación de la Convención. Efectos sobre la Política Fiscal sobre los Estados”, en *Convención de los Derechos del Niño Comentada*, Edición Especial 30º Aniversario, Ministerio Público Tutelar–Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.
- Corti, Horacio, “Hacia un Derecho Internacional Financiero y Tributario”, en *Revista Debates de Derecho Tributario y Financiero, Derecho Internacional Tributario*, Año II, N° 4, Septiembre 2022, pp. 9-25.
- Corti, Horacio, “La política fiscal en el derecho internacional de los derechos humanos: presupuestos públicos, tributos y los máximos recursos disponibles”, en *Financiar la Constitución*, Eudeba, 2020. También disponible en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la CABA*, año 9, N° 17, febrero de 2019.
- Carreau, Dominique; Juillard Patrick; Bismuth, Régis y Hamann, Andrea, *Droit international économique* (6e édition), Dalloz, 2017.
- Sainz de Bujanda, Fernando, *Un esquema de derecho internacional financiero*, Universidad de Granada, 1983.
- OEA, OEA/Ser. L/V/II.164 Doc. 147, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, Comisión IDH, 7 de septiembre de 2017.
- ONU, A/CN.4/L.682, *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi, 13 de abril de 2006.
- ONU, A/HRC/26/28, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y derechos humanos*, elaborado por Magdalena Sepúlveda Carmona, 22 de mayo de 2014, parágrafo 2.
- ONU, E/C.12/PRY/CO/4, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Paraguay*, E/C.12/PRY/CO/4, 20 de marzo de 2015, parágrafo 10.
- ONU, A/HRC/49/47, *Balance y esferas prioritarias: proyecto para la labor de la titular del mandato*, 23 de diciembre de 2021. Ya este año, la experta independiente Attiya Waris ha producido un nuevo informe: *Hacia una arquitectura fiscal mundial desde una perspectiva de los derechos humanos*, ONU, A/77/169, 15 de julio de 2022.

ONU, E/C.12/ARG/CO/4, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1 de noviembre de 2018.

ONU, CRC/C/GC/19, *Observación General núm. 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)*, Comité de los Derechos del Niño, 21 de julio de 2016.

El acceso al control de constitucionalidad en materia tributaria y sus limitaciones

*Pablo José María Revilla**

Resumen

Me propongo abordar dos cuestiones que representan un obstáculo para el ejercicio del derecho a la revisión judicial y el control de constitucionalidad en materia tributaria en el ámbito de la justicia federal. La primera es el requisito de la demostración del “gravamen” en aquellos casos en que el tributo ha sido trasladado por quien lo ingresó al fisco y la segunda es la legitimación en las acciones colectivas en materia tributaria, así como la posibilidad de repetir allí lo indebidamente pagado.

Palabras clave: control de constitucionalidad, tributos, caso o causa, legitimación, acción colectiva, repetición tributaria.

*Doctor en Derecho (Facultad de Derecho, UBA); LLM in Taxation (Boston University); Especialista en Tributación (Facultad de Ciencias Económicas, UBA), Abogado, diploma de honor (Facultad de Derecho, UBA). Secretario de la Procuración General de la Nación en el área de Derecho Público; Subdirector de la Carrera de Especialización en Derecho Tributario y subdirector del Centro de Estudios de Derecho Financiero y Derecho Tributario, ambos de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor a cargo de la asignatura “Derecho Constitucional Tributario” de las siguientes Maestrías y/o Posgrados en Derecho Tributario dictadas en la Ciudad de Buenos Aires: Facultad de Derecho (UBA), Católica Argentina y UTDT e invitado en diversos Posgrados del país; Profesor titular regular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho (UBA) y de la Universidad Nacional de La Pampa.

Constitutional Control and its Limitations in Tax Matters

Abstract

Constitutional control and judicial review of tax matters find two barriers in federal courts. First is the demonstration of damage, when taxpayer transfers the tax amount to his client or supplier. Second is the tax related class actions and the possibility to obtain a refund of the tax unduly paid.

Key words: Constitutional Control, Judicial Review, Taxes, Cases, Standing, Class Action, Tax Refund.

I. Traslación del tributo y perjuicio

En el ámbito federal es necesaria la existencia de “caso” o “causa” para que el Poder Judicial de la Nación pueda intervenir. Este requisito surge del art. 116 de la Constitución Nacional (CN, en adelante), cuando establece: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación”.¹

En lo que ahora interesa, “caso” o “causa” significa una controversia entre partes con intereses contrapuestos, en la cual ellas demuestran la existencia de un perjuicio –la afectación de un interés jurídicamente protegido–, de orden personal, particularizado, concreto y además susceptible de tratamiento judicial.

El “caso” o “causa” es necesario para, por un lado, limitar el alcance de la sentencia a dictar, al “declarar inaplicable” la norma a esa controversia concreta y, por otra parte, respetar la división de poderes, pues el juez no deroga la norma, la que permanece vigente para todas las demás situaciones.

1. A diferencia de lo que sucede en el ámbito federal, las provincias, en uso de las facultades conferidas por los arts. 5° y 122 CN, pueden ir más allá y establecer también medios de control de constitucionalidad en abstracto.

El conflicto se presenta cuando el contribuyente paga el tributo al fisco (la doctrina lo denomina “contribuyente de derecho”)² pero traslada el importe a su cliente o a su proveedor (a quienes los llama “contribuyentes de hecho”), en forma tal que el primero no sufre la ablación en su propio patrimonio. Esto sucede en el impuesto al valor agregado y, en algunas situaciones, en el impuesto sobre los ingresos brutos y en los derechos de importación y exportación.

En esas condiciones, para obtener la devolución de lo indebidamente pagado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es pacífica. En algunos casos restó trascendencia a la traslación, al afirmar que es un efecto regido por las leyes de la economía y ajeno a la controversia jurídica,³ mientras que en otros exigió la demostración del empobrecimiento, esto es, la absorción del patrimonio o de la ganancia como consecuencia del pago del tributo.⁴ A partir del año 2004, con la sentencia recaída en la causa “Nobleza Piccardo”,⁵ se produce un cambio de perspectiva en la doctrina de la Corte, al sostenerse que carece de legitimación para cuestionar la constitucionalidad de un tributo quien lo ha trasladado a su cliente. Un año antes de esa sentencia, la ley 25.795⁶ había modificado el art. 81 de la ley 11.683 y establecido que los impuestos indirectos solo pueden ser repetidos por los contribuyentes de derecho cuando éstos acrediten que no trasladaron el impuesto al precio, o bien cuando lo trasladaron, acrediten su devolución en la forma y condiciones establecidas por la AFIP.

Sin entrar en el debate sobre de los fundamentos del empobrecimiento y de la traslación podemos preguntarnos: 1) ¿en todos los casos la traslación del gravamen es un impedimento para solicitar su inconstitucionalidad?, 2) ¿siempre debe demostrarse la no traslación? y 3) ¿la traslación elimina todo perjuicio en materia tributaria?

2. Giuliani Fonrouge, Carlos M. y Navarrine, Susana, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 4ª edición, 1987, volumen II, p. 909. Jarach, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª edición, 1996, p. 336.

3. Fallos: 190:464; 283:360; 297:500; 323:2256, entre otros.

4. Fallos: 267:247; 287:79; 288:333; 289:67; 291:62, 294:20, entre otros.

5. Fallos: 327:4023, “Nobleza Piccardo”, sentencia del 05/10/2004.

6. Publicada en el Boletín Oficial del 17/11/2003.

La respuesta al primer interrogante es negativa. Pueden citarse una serie de precedentes en los cuales la Corte Suprema, más allá de la traslación del tributo, otorgó preponderancia a la naturaleza del sujeto que había realizado el pago y habilitó la repetición de lo indebidamente abonado. Así lo hizo cuando se trataba de un municipio que había ingresado al fisco nacional el impuesto al valor agregado cobrado a sus vecinos por el servicio de agua que les había prestado,⁷ o cuando se trata de una entidad de bien público y sin fin de lucro que había trasladado el impuesto al valor agregado a sus beneficiarios.⁸

La respuesta al segundo interrogante también es negativa. No es necesario demostrar la “no traslación” en aquellos casos en los cuales, por imperio legal, ella no puede hacerse. Ello sucede en el caso de tarifas de transporte interjurisdiccional automotor de pasajeros,⁹ o en el precio que facturan los generadores de electricidad para su venta en el mercado spot¹⁰ o a término,¹¹ cuando el Estado Nacional, al regularlas, no contempló la incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos, o cuando la propia ley obliga a soportar el peso del tributo e impide su traslado al cliente.¹²

La respuesta al tercer interrogante es igualmente negativa. La ablación en el patrimonio de quien paga el tributo y no puede trasladarlo no es el único perjuicio que se le puede ocasionar. En efecto, el incremento en el impuesto de sellos según el domicilio del escribano o la aplicación de alícuotas más elevadas en el impuesto sobre los ingresos brutos en función de la ubicación de la planta industrial o de la sede del comercio distorsiona la libre competencia, afecta el derecho de trabajar y de ejercer industria lícita.¹³ En

7. Fallos: 335:2117, “Municipalidad de Monte Cristo”, doctrina reiterada en Fallos: 344:3711, “Municipalidad de General Pueyrredón y OSSE c/ AFIP s/ cobro de pesos”.

8. Fallos: 336:220, “Fundación Emprender”.

9. Fallos: 308:2153; 311:1365; 316:2182; 316:2206 y más recientemente en Fallos: 321:2501.

10. Fallos: 336:1415, “Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/Chubut, Provincia del”.

11. Fallos: 344:936, “Central Puerto S.A. c/Buenos Aires, Provincia de”.

12. “Asociación de Bancos de la República Argentina y otros contra Provincia de Misiones”, 11/11/2014, no publicado en Fallos.

13. Fallos: 340:1480 y CSJ 458/2017 “PABSA S.R.L. c/ Córdoba, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, del 13/9/2022, entre muchos.

estos casos, si el contribuyente intenta trasladar ese impuesto más gravoso al que se encuentra sometido, entonces deberá cobrar un precio mayor al de su competencia mientras que, si no se traslada, verá reducida su rentabilidad respecto de sus competidores por la sola circunstancia del tributo más intenso que se le coloca.

En estos casos, pienso que la traslación del tributo pierde relevancia ante la evidencia de esos otros perjuicios derivados de la violación del derecho de trabajar y ejercer industria lícita, que abarca el derecho de competir sin que la gabela altere la libre competencia.

Una última pregunta vinculada con el perjuicio y el derecho a la revisión judicial: ¿tienen los contribuyentes perjuicio para alegar que la medida fiscal disminuye el Tesoro Público para el cual ellos aportan? Esta cuestión se le planteó a la Suprema Corte de los Estados Unidos, respecto de una impugnación formulada por un grupo de contribuyentes contra una decisión del Estado de Ohio y del Municipio de Toledo, que le daba beneficios en el impuesto inmobiliario y en impuestos de patentes a Chrysler para que mantuviera su planta industrial en Toledo (Ohio). La Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que los contribuyentes no tienen perjuicio para impugnar la constitucionalidad de un tributo o de un gasto tributario por el solo hecho de ser contribuyentes. El art. III de la Constitución de los Estados Unidos (similar al art. 116 de nuestra Constitución Nacional) exige un caso o causa, y la Suprema Corte de los Estados Unidos negó legitimación a los reclamantes en los términos exigidos por este precepto.¹⁴

II. Legitimación en acciones colectivas y posibilidad de repetir lo indebidamente pagado

A partir del precedente registrado en Fallos: 332:111 (“Halabi”), la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia distingue tres categorías de derechos (cfr. cons. 9°):

- a) *Individuales*: para lo cual está habilitado cada uno de los afectados particulares.

14. 547 U.S. 332, “DaimlerChrysler Corp. et al. v. Cuno et al.” (2006).

- b) *De incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos*: cuya salvaguardia puede ser ejercida no solo por el afectado particular sino también por el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que concentran el interés colectivo, en tanto afecten derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor (art. 43 de la Constitución Nacional).
- c) *De incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos*: cuya tutela puede ser intentada mediante lo que aquí denominaré “acción colectiva”.

¿Cómo se aplica esta acción colectiva en materia tributaria? Podemos ver en la práctica los requisitos que el Tribunal exige para la procedencia de este tipo de acciones, tomando como ejemplo la conocida causa “Video Club Dreams”,¹⁵ referida a dos decretos de necesidad y urgencia mediante los cuales el impuesto a las entradas de cine fue extendido al alquiler y venta de videocasetes. Así encontramos:

- a) Una causa fáctica común: los decretos de necesidad y urgencia que extienden el impuesto a una situación no prevista por el legislador.
- b) Una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho: la inconstitucionalidad de ese decreto de necesidad y urgencia.
- c) La falta de justificación del ejercicio individual de las acciones: pues no habrá diferencias sustanciales en los planteos de las partes, fundados en el cumplimiento o no del principio de reserva de ley.

En materia tributaria, la Corte admitió la protección de estos derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos en la causa “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A.”.¹⁶ Allí, al revocar la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, reconoció que podía usarse esta vía para que los usuarios obtuvieran la restitución de las sumas abonadas en concepto de “Tasa de Control,

15. Fallos: 318:1154.

16. Fallos: 337:196.

Fiscalización y Verificación” y el “Aporte al Fondo Fiduciario del Servicio Universal”

Pienso que los tres requisitos exigidos por la Corte para plantear la defensa de derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos en materia tributaria son de cumplimiento más sencillo en aquellos planteos fundados en la violación del principio de reserva de ley (por ejemplo, para todos los videoclubs que estuvieran afectados en idéntica situación que “Video Club Dreams”) o en la transgresión de la igualdad (por ejemplo, para todas las universidades nacionales que tuvieran un planteo semejante al formulado por la Universidad Nacional de Córdoba en Fallos: 327:2435). Por el contrario, no será posible interponer este tipo de acciones para cuestionamientos de requieren de hecho y prueba (por ejemplo, la impugnación del impuesto a las ganancias por confiscatorio como consecuencia de la imposibilidad de computar el ajuste por inflación).

Es necesario tener presente que en estas acciones hay que demostrar el “perjuicio” de la clase pues, como sostuvo el Tribunal: “La sentencia dictada por esta Corte en el mencionado caso ‘Halabi’, como no podría ser de otro modo, no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la Ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación en los términos señalados en los considerandos precedentes, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República”.¹⁷

Ahora bien, ¿puede emplearse esta acción colectiva para repetir lo abonado indebidamente, en forma tal que el pronunciamiento alcance al universo de los contribuyentes que fueron afectados por el pago indebido del tributo?

Pienso que corresponde distinguir tres situaciones:

- a) Contribuyentes que pagaron directamente el tributo al fisco: podrán iniciar la acción colectiva y dirigir su demanda de repetición al fisco respectivo (nacional, provincial o municipal).
- b) Contribuyentes a quienes se les retuvo el tributo: hipótesis en la que se encuentran, entre otros, los usuarios bancarios, jubilados o personal en relación de dependencia, a quienes la entidad bancaria, el organismo

17. Fallos: 339:1223, cons. 25.

que abona la jubilación o el empleador les han detraído un tributo en exceso de su cuenta bancaria, de su jubilación o de su salario.

- c) Contribuyentes a quienes se les percibió el tributo: en esta situación se encuentran, por ejemplo, los usuarios de servicios públicos que abonaron indebidamente un tributo que la empresa prestadora añadió a la tarifa de sus servicios de electricidad, gas, agua, etc., o los usuarios de tarjetas de crédito, que pagan los impuestos que la entidad emisora de la tarjeta o el banco debe cargar al resumen mensual por imperio legal (por ejemplo, impuesto de sellos sobre los resúmenes de tarjeta).

En estas dos últimas situaciones, la variante del pago vía retención o percepción no debe confundir respecto del sujeto obligado a devolver y, por ende, a quien debe ir dirigida la demanda. Siempre se debe demandar al organismo recaudador, por ser titular de la relación jurídica sustancial y a quien irá dirigido el mandato restitutorio de la sentencia.¹⁸ No es suficiente con demandar al agente de retención o percepción, pues estos agentes actuaron en cumplimiento de un mandato legal y no tienen, o no deberían tener, los fondos en su poder.¹⁹ Sin perjuicio de ello, su intervención en el proceso puede ser necesaria por dos razones: para acreditar el ingreso al fisco de los fondos que han retenido o percibido y, no menos importante, para canalizar por su intermedio la devolución a los usuarios, jubilados, empleados, etc.

III. Conclusiones

El concepto de supremacía constitucional, por el cual se establece que la Constitución de un país se ubica, jerárquicamente, por encima de todo el ordenamiento jurídico de ese país y se la considera como ley suprema del

18. Como se indicó en Fallos: 308:442, el agente de retención o percepción no integra la relación jurídico-tributaria sustancial.

19. No se me escapa que en Fallos: 344:3567 se ordenó la devolución del impuesto a las ganancias al agente de retención (ANSeS), pero pienso que dicha solución no es de aplicación generalizada ante las particularidades de esa causa, en la cual se valoró el tiempo transcurrido desde el inicio de la acción, la avanzada edad que presentaba la actora y la necesidad de revertir la incoherencia que supone exigir que se presenten dos solicitudes ante distintos organismos del propio Estado Nacional (AFIP y ANSeS) a fin de lograr idéntico reconocimiento.

Estado y fundamento de su sistema jurídico, al cual deben subordinarse el resto de las normas, no ofrece mayores variantes en su interpretación (art. 31 de la Constitución Nacional, art. 6° de la Constitución de los Estados Unidos de América, entre otras). Por el contrario, las variantes las encontramos en la forma de hacer valer o respetar esa supremacía constitucional, esto es, el *control de constitucionalidad*.

En nuestro sistema, ese control requiere de la demostración de un perjuicio y un interesado que reclame o se defienda. Ello presenta complejidades en materia tributaria, que deben ser superadas en aras de garantizar el acceso a la revisión judicial suficiente y el control de constitucionalidad de las normas y actos estatales.

En lo referido al perjuicio, la traslación del tributo puede transformarse en una herramienta para el que Estado prescinda de los límites que fija la Constitución y cobre gravámenes a sabiendas de que no estará obligado a devolver, pues invocará que el particular no se ha empobrecido como consecuencia de su pago. Independientemente del debate sobre la traslación y el empobrecimiento, forzoso es reconocer que el traslado del tributo no elimina automáticamente todo perjuicio pues el contribuyente puede sufrir otros (encarecimiento de sus productos frente a los de su competencia, pérdida en su participación del mercado, etc.) que cercenan su derecho de trabajar y ejercer industria lícita y le otorgan legitimación procesal para reclamar.

En lo atinente a las acciones colectivas dirigidas a tutelar intereses individuales homogéneos, ellas pueden convertirse en una poderosa herramienta para la defensa de grupos de contribuyentes que, por la poca importancia monetaria de su reclamo individual, carecen de una vía apta para obtener la devolución, u oponerse al pago, de tributos inválidos o cobros en exceso.

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1984.
- Chemerinsky, Erwin, *Federal jurisdiction*, Boston, Ed. Little Brown and Co., 1989.
- Giuliani Fonrouge, Carlos M. y Navarrine, Susana, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 4ª edición, 1987.

González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, 15^a ed., 1897.

Jarach, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 3^a edición, 1996.

Paschal, Jorge W., *La Constitución de los Estados Unidos*, traducido por Clodomiro Quiroga, Buenos Aires, Editorial Lajouane, 1888.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.

Algunas reflexiones sobre los principios del derecho financiero y de la institución tributaria en particular

*Fabiana Schafrik**

Resumen

Aunque el bloque constitucional federal es suficiente para construir una igualdad real de género, existe una distancia entre la letra de la ley y su vigencia sociológica; de ahí que resulta necesario que los principios constitucionales de la tributación, con importante eficacia normativa, constituyan un puente entre constitución formal y su vigencia sociológica.

Palabras clave: Constitución, principios constitucionales, gastos, derecho financiero, igualdad, capacidad contributiva, no confiscatoriedad, género.

Some Reflections on the Principles of Financial Law and the Tax Institution in Particular

Abstract

Although the federal constitutional block is sufficient to build real gender equality, there is a distance between the law and its sociological validity;

* Argentina, Abogada UBA, Especialista en Derecho Tributario y Doctora en Derecho (UBA); Jueza de Cámara en lo Contencioso Administrativo Tributario y de Relaciones de Consumo y Consejera del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Profesora titular regular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario (UBA); coordinadora de la Comisión de Género y Derecho Financiero de la Facultad de Derecho (UBA); schafrik@derecho.uba.ar.

hence, it is necessary that the constitutional principles of taxation, with important normative effectiveness, constitute a bridge between the formal constitution and its sociological validity.

Keywords: Constitution, Constitutional Principles, Expenses, Financial Law, Equality, Tax Capacity, Non-Confiscation, Gender.

I. Una reflexión pendiente

Hay una reflexión pendiente en el derecho financiero: cómo potenciar la aplicación de la perspectiva de género y los derechos humanos en la creación, aplicación e interpretación de las normas que lo conforman.

Existe una histórica distorsión entre un orden constitucional, que formalmente está preparado para dar lugar a la creación de normas, aplicación e interpretación con esas perspectivas, y una vigencia sociológica o material que se distancia de la letra de la ley. Solo basta observar el bloque de constitucionalidad federal, el cual a partir de la última reforma otorgó jerarquía constitucional a una serie de instrumentos de derechos humanos, entre los que se encuentra la Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer, y reconoció expresamente una dimensión más amplia del concepto de igualdad, que incluye el de equidad de género.

Sin embargo, fue recién en los últimos años, y más marcadamente desde la pandemia, que comenzamos a asistir a la creación de normativa fiscal y de presupuestos cada vez más sensibles al género que tienen como base fundamental ese bloque de constitucionalidad federal, vigente hace veintiocho años. Por lo que, progresivamente podemos identificar un acortamiento de la brecha entre constitución formal y material.

La premisa entonces es pensar cómo seguir acortando la distancia entre Constitución formal y material, dotando de mayor “sustancia constitucional” a las normas fiscales dictadas, aplicadas e interpretadas en su consecuencia.

II. De los principios en el derecho financiero

Considero que en esta articulación pueden ser de utilidad los principios constitucionales del derecho financiero, los cuales deben leerse en línea con la perspectiva de género y de derechos humanos.¹

Para ello, parto de considerar la necesidad de que los “principios” guíen la confección de las leyes, su aplicación e interpretación, como un orden superior que se irradia a las reglas.² Ello sin perder de vista que los distintos principios que rigen la hacienda financiera, entendida como una “unidad”, y los que alimentan distintos aspectos de ella, tienen diferente eficacia normativa en la realidad.

Resulta paradójico que al día de hoy sigue resultando complejo concebir el derecho financiero como una unidad, es decir, como la disciplina que ordena sus normas al cumplimiento de los fines previstos por el propio texto constitucional, idea que reforzaría la cohesión y homogeneidad del fenómeno financiero; en tanto, persiste la visión fragmentada, por considerar heterogéneos los aspectos que lo conforman; donde algunos se destacan en detrimento de otros; diluyéndose en esta dispersión la finalidad última de la concepción unitaria que es el cumplimiento de los mandatos previstos en el propio texto Constitucional.

En este orden de ideas, es reciente la construcción que ha hecho la jurisprudencia de aquellos principios que pueden ser aplicados a la hacienda pública como unidad. Así, por ejemplo, cabe recordar el voto de un magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que argumentó sobre el financiamiento del nivel municipal en nuestro esquema federal;³

1. Desde el plano internacional, un grupo de expertos ha elaborado la aplicación de quince principios de los derechos humanos para la formulación de la política fiscal. https://www.derechosypoliticafiscal.org/images/ASSETS/Principios_de_Derechos_Humanos_en_la_Politica_Fiscal-ES-VF-1.pdf

2. Sobre principios y reglas, ver de Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012; *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2009; De Fazio, Federico, “La teoría de los principios. Un estado de la cuestión”, en *Lecciones y Ensayos* N° 100, 2018, pp. 43-68; Lorenzetti, Ricardo Luis, *La sentencia. Teoría de la Decisión Judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2022.

3. Voto del magistrado Lorenzetti en Fallos: 344:2123, “Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa”, 2/09/2021.

allí se refirió expresamente al principio de suficiencia de los recursos, y la “correspondencia” que debe existir entre recursos y funciones asignadas.⁴

En cuanto al gasto público, se puede observar la evolución histórica que tuvo en términos constitucionales la consagración de principios que deben regir su configuración, desde la sanción de la Constitución de 1853-60 a la actualidad. En nuestra Constitución histórica no se aludía expresamente a un contenido o sustrato del gasto; es recién a partir de la reforma parcial del texto fundamental en el año 1994 que se lo dotó de los principios de proporcionalidad, de equidad, igualdad y solidaridad.⁵

Cabe señalar que existen otros esquemas constitucionales, más modernos, en donde se expresa claramente su compromiso con los derechos humanos y la perspectiva de género, haciéndose cargo de que la voz “gastos”, más propia del lenguaje económico, para la disciplina legal involucra los “derechos constitucionales”. Un ejemplo de ello es la Constitución de la Ciudad de México, del año 2017, cuando señala en el artículo 5.3. que “la hacienda pública está encaminada al cumplimiento de los derechos”; o el último proyecto de Constitución de Chile, que señalaba expresamente en el artículo 6.4. que “deberán incorporar transversalmente el enfoque de género en su diseño institucional, de política fiscal y presupuestaria y en el ejercicio de sus funciones”.⁶

Aunque la falta de mención de un contenido constitucional del gasto también puede resultar la expresión de una idea constitucional en un momento histórico concreto, ello no podría justificar, en este estadio de la evolución de la vigencia de los derechos humanos y la perspectiva de género, que el Estado se desligue del cumplimiento de los fines constitucionales, aun si en la letra de la norma tal mandato resulta “invisible”.

El dotar de principios constitucionales expuestos al gasto implicó rodearlo de un nivel mayor de protección, permitiendo que la discusión girase en torno al alcance de este contenido; ya no puede desconocerse su

4. Otro tema para pensar son los principios del federalismo de concertación, también aludidos en distintos casos judiciales.

5. Horacio Corti, *Derecho constitucional presupuestario*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2006.

6. <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>

existencia, es decir, se parte de un contenido mínimo que no puede ser negado. Tal como ocurre con las discusiones en torno al principio de “equidad” del gasto previsto en el artículo 31.2. de la Constitución Española.

Este reconocimiento constitucional se convierte en una herramienta poderosa para la decisión pública en cuanto al gasto; aunque sería importante avanzar en el análisis, complejo, sobre la eficacia normativa de los principios que alimentan el gasto.

III. Los principios constitucionales de la tributación como puente a la igualdad real

En otro orden de ideas, los principios constitucionales de la tributación, concebidos primero en el marco constitucional, son exigibles jurídicamente y demandables ante los tribunales individualmente; no obstante, se observa que desde la jurisprudencia se va abriendo –muy lentamente– el reconocimiento a la legitimación procesal activa para las acciones de clase en materia tributaria, y también en algunos casos, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha extendido los efectos de las sentencias más allá del caso particular que se plantea; además de poder replicar su solución a los casos individuales que se van presentando.

Sin embargo, al día de hoy, me atrevo a afirmar que la aplicación de los principios constitucionales de la tributación se encuentra desgajada de la perspectiva de los distintos grupos vulnerados.

En este escenario, es fundamental avanzar en la comprensión de los principios constitucionales sustanciales de la tributación bajo la perspectiva de género y de la de otros grupos vulnerados, para que su definición se haga eco de las distintas realidades en las que operan.

Esta falta de adecuación de los contenidos de los principios jurídicos de la tributación quedó en evidencia en el caso “García, María Isabel c/AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”⁷ cuando se planteó judicialmente si el haber jubilatorio podía ser considerado renta gravable a los efectos del impuesto a las ganancias. Así, se pudo observar tanto en las distintas posiciones asumidas en ese momento por el Más Alto Tribunal,

7. CSJN, Fallos: 342:411, “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 26/03/2019.

y más tarde en la discusión doctrinal, el estadio de la interpretación de los principios constitucionales de la tributación a la luz de ese colectivo vulnerable, constituido por las “personas mayores”.

IV. Los principios constitucionales en particular

Resulta vital que el principio de la capacidad contributiva en materia tributaria se haga carne de la distinta capacidad económica de las mujeres que se evidencia por las dificultades en el acceso al mercado laboral, las diferencias de ingresos económicos con nuestros pares varones, entre otras diferencias injustificadas de tratamiento que reafirman las distinciones respecto del estereotipo androcéntrico, para que “el principio de la capacidad contributiva” no se transforme en una entelequia o una caracterización formal.

La capacidad contributiva como fundamento de los tributos, y en especial del impuesto, debe reconocer las vulnerabilidades de los sujetos alcanzados por ella para que, a partir de ese reconocimiento, se pueda evaluar las situaciones de hecho y de derecho que toque analizar.

En el caso “García” ya referido, el voto mayoritario de la Corte sostuvo: “17) [...] La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja”.

Por su parte, el principio de no confiscatoriedad también debe estar atento a la realidad que rodea a los grupos vulnerados y, en ese sentido, armonizar la idea de apropiación sustancial del patrimonio y de la renta con las circunstancias propias que atraviesan esos colectivos.

En esas condiciones, tal como ha quedado expresado en el voto de la mayoría del fallo citado, el estándar de revisión judicial históricamente adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que invalida por confiscación la pretensión fiscal siguiendo criterios cuantitativos, no permite dar una adecuada respuesta a la protección constitucional de contribuyentes que pertenecen a grupos históricamente vulnerados.

También, el principio de igualdad en materia tributaria tiene que ampliar su contenido al postulado constitucional de igualdad real.

La igualdad como garantía de no discriminación, con anclaje en nuestro sistema, y utilizado con asiduidad en el análisis de distintos casos tributarios, si bien resultó un avance en cuanto consagró la “igualdad entre iguales”, que admite la conformación de clases o categorías, en tanto no sean arbitrarias y, que rechaza la constitución de las denominadas “categorías sospechosas”, no resulta suficiente para acabar con la discriminación, que requiere de la adopción de medidas temporales tendientes a acelerar la igualación o medidas definitivas que acorten la brecha de la desigualdad.

Otro aspecto en el análisis nos plantea estar atentos al efecto que en el gasto provoca la sola realización de principios constitucionales de la tributación, fruto de la innegable interrelación de ambos conceptos.

Ello significa que atendiendo a la “coherencia” que debe guiar la labor financiera, cada principio de la tributación debe tener una necesaria correlación en el gasto, lo que se conjuga con la “trascendencia” que indica que el recurso debe guiar al gasto.

Horacio Corti, en cita de Rodríguez Bereijo, señala que “[a]sí como el tributo requiere de una real y efectiva capacidad contributiva por parte del contribuyente para ser legítimo, el gasto debe tener en cuenta la ausencia de capacidad contributiva de los sujetos para gozar de los derechos que las constituciones consagran”.⁸

Este contrapunto puede también observarse con la progresividad que debe guiar a la tributación, que llama a gravar con mayor intensidad a quienes tienen mayor capacidad económica para afrontar el pago. Con respecto a la contracara del gasto, Fuentes Quintana señala que “...si lógicamente la progresividad impera en el campo del impuesto, deben tener la misma traslación o aplicación en el campo correspondiente del gasto público, es decir, ingreso y gasto público deberían estar regidos por el mismo principio...”.⁹

En este punto, resulta interesante analizar los datos oficiales que hablan de la menor representación de las mujeres en los impuestos directos a diferencia de lo que ocurre con los impuestos al consumo, en el que su incidencia es mayor en atención al rol que mayoritariamente ejercen en la administración del hogar; además de sufrir más el impacto del efecto recesivo de este tipo de tributación indirecta, como un grupo vulnerado.

8. Horacio Corti, *Financiar la Constitución*, Buenos Aires, Eudeba, 2020, p. 125.

9. Horacio Corti, *Financiar la Constitución*, Buenos Aires, Eudeba, 2020, pp. 126-127.

Con respecto a la reserva de ley parecería que, formalmente, una norma que contemple en su configuración los distintos aspectos del hecho imponible y de la base parecería suficiente para dar cumplimiento a ese principio que fuera desde los orígenes considerado basal para el derecho tributario, aunque la norma, en apariencia neutral, no contemple la mirada de género y de los otros grupos desaventajados.

Sin embargo, queda repicando aun así la pregunta siguiente: ¿puede resistir el test de constitucionalidad, en un sistema jurídico cuyas normas se dirigen al cumplimiento de un sistema de derechos humanos, un tributo que no tenga en cuenta en su configuración o en su aplicación las distintas realidades de los grupos vulnerados que integran nuestro ordenamiento?

V. Conclusión

La actividad financiera y en particular la política fiscal puede ser una herramienta poderosa para lograr mayor igualdad real cuando esa acción esté en sintonía con los derechos humanos y la perspectiva de género. Aunque el bloque de constitucionalidad federal resulte suficiente, en su letra, para avanzar en esa transformación, los principios constitucionales de la tributación deben trazar un puente para que la creación, aplicación e interpretación de normas que contemplen tales perspectivas.

Bibliografía

- Corti, Horacio, *Derecho constitucional presupuestario*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2006.
- Corti, Horacio, *Financiar la Constitución*, Buenos Aires, Eudeba, 2020.
- Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2009.
- De Fazio, Federico, “La teoría de los principios. Un estado de la cuestión”, en *Lecciones y Ensayos* N° 100, 2018, pp. 43-68.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, *La sentencia. Teoría de la Decisión Judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2022.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Mecanología judicial y estética del derecho según Simondon, a la luz de dos casos jurisprudenciaros: el debate Cossio-Kelsen como controversia epistémica y la escuela Bauhaus como *justicia design y performance* jurisprudencial

Gonzalo S. Aguirre*

Resumen

Este artículo se divide en tres partes. En la primera, inspirados en la propuesta mecanológica de Gilbert Simondon, presentamos una “mecanología judicial”, puesta en relación con la perspectiva epistémica de “estética del derecho”, que venimos desarrollando en nuestras investigaciones junto al doctor Christian Kessel y equipo, en el Instituto Gioja de la Facultad de Derecho (UBA). Para esta perspectiva resulta central recuperar una noción de jurisprudencia que remita al “empirismo trascendental” (Hume, Deleuze) y a una “práctica cosmopolítica del derecho” (Stengers). Ilustramos esta presentación con dos casos de referencia que aparecen en

* Argentino; Licenciado en Ciencia Política (UBA); Diploma de Estudios Avanzados en 2003 por su trabajo “Analítica de la crueldad” (publicado en 2017 por editorial Hekht); doctorado *cum laude* en Filosofía y Estética (2008) dirigido por Miguel Morey (Universidad de Barcelona); adjunto regular de Teoría del Estado, y jefe de trabajos prácticos regular de Filosofía del Profesorado de Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho (UBA); dirige proyectos de investigación sobre “estética del derecho”, desde 2010, en el Instituto de Investigaciones “A. Gioja”; gonzaloaguirre@derecho.uba.ar.

la segunda y la tercera partes de este artículo respectivamente: el primer caso propone abordar el debate Cossio-Kelsen en el registro de los *controversial studies*, atendiendo a tres cuestiones de carácter epistémico y filosófico: en torno a Kant, en torno a la fenomenología, y en torno a la *Gestaltung* o *design*. Esta última cuestión da pie a la noción de *justicia design*, a partir de la cual abordamos, en la tercera y última parte de este artículo, las reformas urbanísticas en la Comuna 13 de Medellín como segundo caso de mecanología judicial. Así, proponemos la noción de “*performance* jurisprudencial” como instrumento de atención sobre procedimientos de diseño urbanístico que, en principio, parecerían quedar fuera del campo jurídico pero que, desde la perspectiva de una mecanología simondoniana, resultan iluminadores respecto a los alcances de las prácticas jurisprudenciales, concebidas cosmopolíticamente en relación con prácticas judiciales y *tecno-estéticas*.

Palabras clave: estética del derecho, Simondon, controversia Cossio-Kelsen, *justice design*, *performance* jurisprudencial, Bauhaus.

Judicial Mechanology and Aesthetics of Law According to Simondon, in Light of Two Jurisprudential Cases: The Cossio-Kelsen Debate as an Epistemic Controversy, and the Bauhaus School as *Justice Design* and Jurisprudential Performance

Abstract

This article is divided into three parts. In the first, inspired by Simondon’s mechanological proposal, we present a “Judicial Mechanology”, in relation to the epistemic perspective of “aesthetics of law”, which we have been developing in our research with Dr. Christian Kessel & team, at the Gioja Institute of the Facultad de Derecho (UBA). We seek to recover a notion of jurisprudence that refers to “transcendental empiricism” (Hume, Deleuze) and to a “cosmopolitical practice of law” (Stengers). We illustrate this presentation with two reference cases that appear in the second and third part of this article respectively: the first case proposes to approach the Cossio-Kelsen debate in the register of controversial studies, attending to three epistemic and philosophical questions: around Kant, around

phenomenology, and around *Gestaltung* or design. This last question gives rise to the notion of justice design, from which we approach, in the third and last part of this article, the urban reforms in the Comuna 13 of Medellín as a second mechanological case. Thus, we propose the notion of “jurisprudential performance” as an instrument of attention on urban design procedures that, in principle, would seem to be outside the legal field but which, from a mechanological simondonian perspective, are illuminating with respect to the scope of jurisprudential practices, conceived cosmopolitically in relation to judicial and techno-aesthetic practices.

Keywords: Aesthetics of Law, Simondon, Cossio-Kelsen Controversy, Justice Design, Jurisprudential Performance, Bauhaus.

I. En busca de la jurisprudencia perdida

En este apartado se presentan algunas líneas maestras del pensamiento de Gilbert Simondon en clave jurídica. Hemos tomado el riesgo de presentarlo con sus complejidades, con la esperanza de que esto pueda constituir un envite a su lectura.

I.1 Introducción general terminológica

- a) Procuramos ampliar el campo de los estudios jurídicos a los efectos de fomentar una perspectiva epistémica capaz de detectar fenómenos jurídicos más allá del campo delimitado por la administración de justicia estatal atendiendo, a su vez, a la norma jurídica como objeto tecno-estético en clave simondoniana. La norma jurídica moderna sería un modo de expresión de la ley. Entendemos por ley una relación diferencial que presenta una resistencia meta-estable de los flujos dramáticos del existir. Cada relación, entonces, implica una resistencia sin la cual los elementos relacionados no existirían. De allí que no atendamos a la resistencia como un factor individual de alguno de los términos de una relación diferencial. Más bien asumimos que allí donde detectamos alguna resistencia podemos detectar una ley, aun cuando esta no esté sancionada o fijada por una norma jurídica. Esta presupone la independencia y aleatoriedad de los términos que

- reúne. De allí que desde su perspectiva la resistencia solo pueda concebirse en clave elemental no relacional.¹
- b) Propugnamos una tecno-estética que, en clave simondoniana,² aborde con el mismo talante epistémico tanto las producciones culturales como las jurídicas. Las primeras son resistencias en acto, las segundas son resistencia ya realizadas, des-potenciadas. Por eso las primeras pueden influir en las segundas en un proceso vital que proponemos llamar “*performance* jurídica”.
 - c) La recuperación del objeto jurídico como objeto tecno-estético (a la vez concebible según criterios técnicos y estéticos) permite abordar su funcionamiento a la luz del proceso de individuación.³ Entendemos que ese funcionamiento puede recibir el nombre de “jurisprudencia”. No la jurisprudencia de los casos que componen una categoría que los encuadra o normaliza. Más bien una jurisprudencia que atiende a la singularidad germinal de los casos; casos diferenciales que habilitan una analogía real entre las personas y el mundo psíquico-colectivo que pone en práctica el “nominalismo de los términos y el realismo de la relación” planteado por Simondon.

1. “... la relación sería un vínculo tan real e importante como los términos mismos; se podría decir en consecuencia que una verdadera relación [*relation*] entre dos términos equivale de hecho a un vínculo [*rapport*] entre tres términos” (Simondon, 2015, p. 69).

2. “The notion of techno-aesthetics would be a tributary of the old notion of *techné*, where art and technique are integrated to give rise to works of either an operative character, or an affection-emotional character, or a link between the two. These works, in turn, may or may not appear as concrete objects, thus giving rise to “metaphysical objects” of thought that point to the presence of non-phenomenal forces that convey what Simondon calls the process of individuation and that would require a kind of “rituals of perception” capable of valuing them...” (Aguirre y Maldonado, 2019). Ver también Aguirre, 2019, del que ofreceremos una versión sumaria entre los pts. 2 y 4 de esta primera parte.

3. “La intención de este trabajo es estudiar las formas, modos y grados de la individuación para resituar el individuo en el ser, según los tres niveles físico, vital, psicosocial. En lugar de suponer sustancias para dar cuenta de la individuación, nosotros tomamos los diferentes regímenes de individuación como fundamento de los dominios tales como materia, vida, espíritu, sociedad. La separación, el escalonamiento, las relaciones de estos dominios aparecen como aspectos de la individuación según sus diferentes modalidades; las nociones de sustancia, forma y materia son sustituidas por las más fundamentales nociones de información primera, resonancia interna, potencial energético, órdenes de magnitud” (Simondon, 2015, p. 20).

- d) Contrariamente, la jurisprudencia concebida como proveedora de “playlists de sentencias”, de patrones para “zanjar” (*trancher*) casos jurídicos, asume la separación de los términos implicados y su identidad en el tiempo, estableciendo entre ellos relaciones de contigüidad y continuidad, mas no auténticas analogías. Una jurisprudencia simondoniana atiende a los casos en clave de lo que llamaríamos su *valor jurisprudenciarío*. No se trata ya de ajustar un caso a valor, sino de atender a la valoración que puede traer cada caso. La Administración de justicia no valora, pero tampoco juzga: zanja un caso salvaguardando la ley normalizada. El juicio, mientras tanto, sería ejercido por la Literatura o el Cine o la Música, dando sentido y orientando la administración formal de los casos.
- e) A partir de Simondon, la ley normalizada puede pensarse como una esquematización operatoria, mientras que el juicio puede abordarse como un proceso de esquematizaciones afecto-emotivas. En primer lugar, por lo tanto, no hay que confundir a las proposiciones normativas que zanján con las proposiciones afecto-emotivas que juzgan. Las primeras son formales y las segundas proveen el sentido afecto-emotivo que no pueden generar las primeras. Así, los Tribunales de Justicia estarían abocados a administrar las normas y a zanjar los conflictos en tanto que casos de una especie jurídica. Mientras tanto los productos culturales aportarían la fuerza afectivo-emotiva (el entusiasmo diría Kant, un antídoto a la melancolía diría Hobbes). Ahora bien, la jurisprudencia de la analogía real, ¿será asunto de los Tribunales? ¿O será asunto de la Cultura? Advierte Deleuze: “no dejar la jurisprudencia en manos de los jueces”. ¿Y quiénes serían esos jueces? Responde Deleuze: los escritores. Son ellos los que juzgan. En tanto que los jueces, más bien, zanján.
- f) Planteamos, así, una relación diferencial entre Derecho y Literatura que podría habilitar a una Cultura técnica jurídica, a una Mecanología Judicial. Lo que nos separa de la fuerza valorativa jurisprudencial no es el Derecho, sino la Literatura o, más ampliamente, la Cultura. Sin una auténtica cultura técnica no es posible recuperar el sentido jurisprudencial o valorativo. Este ha quedado en manos de los escritores que juzgan, quienes administran la tristeza de ya no tener sentimiento del valor del transcurrir de la vida o, en términos simondonianos, del proceso de individuación.

1.2 La tecnología no existe: por un nuevo tecno-logos

La noción de “tecnología” se ha anquilosado a tal punto que refiere a un subconjunto de los objetos técnicos, especialmente computadoras y smartphones, sin dar cuenta de la concepción filosófica que los engloba. Son habituales expresiones del tipo “no me llevo bien con la tecnología” para indicar que no se ha abierto una cuenta en alguna red social, pero no para dar razones por las que no se toca ningún instrumento musical o no se dedica alguien a la escultura. Mucho menos para dar cuenta de un malestar específico con una concepción (*logos*) de la técnica o incluso con una técnica del *logos*, con un *tecno-logos* específico. El actual *tecno-logos* presenta a “la tecnología” como si fuera un estado de cosas determinado y no una concepción discursiva de procesos tecno-estéticos en juego.

Simondon presenta en *El modo de existencia de los objetos técnicos* de 1958 el proyecto de una Mecanología⁴ que daría lugar a una Cultura capaz de integrar los objetos técnicos junto a los artísticos. Casi tres décadas después planteará la noción de tecno-estética. El acceso a una tal Mecanología precisaría, a su vez, de una *iniciación técnica* que vendría facilitada por la producción artística ya existente como bien de circulación cultural. Esta conlleva la ocasión de una contemplación tecno-estética más allá de lo que podríamos llamar *función design*.⁵ Ahora bien, para la comprensión de estas dos propuestas resulta clave asumir que la tecnología es un saber sobre la técnica, y no un estado de cosas que designa objetos de procedencia cibernética. A partir de ello se puede concebir la necesidad de una nueva

4. “Es muy difícil para un obrero/operador conocer la tecnicidad a través de los caracteres y las modalidades de su trabajo cotidiano sobre una máquina. Es difícil también, para un hombre que es propietario de máquinas y las considera como un capital productivo, conocer su tecnicidad esencial. Únicamente el mediador de la relación entre las máquinas puede descubrir esta forma particular de sabiduría. Ahora bien, dicha función no tiene aún un lugar social; sería la del ingeniero de organización, si no estuviera preocupado por el rendimiento inmediato y gobernado por una finalidad exterior al régimen de las máquinas, la de la productividad. La función cuyas grandes líneas intentamos trazar sería la de un psicólogo de máquinas, que se podría denominar mecanólogo” (Simondon, 2007, pp. 164-165).

5. Función que refiere a la estandarización del entorno para el hábitat humano en clave de *Gestalt*, de conformación o estructuración de la habitabilidad humana. Al respecto, ver Argan, 2006, y Aguirre, 2009.

tecnología, un nuevo *logos* o discurso sobre la técnica que sea afín a esta propuesta mecanológica e implique una sensibilidad tecno-estética.

1.3 La individuación simondoniana según su ciclo de la imagen: entre la invención y las formalizaciones simbólicas

Cabría condensar la obra simondoniana en el ciclo de la imagen⁶ que presenta en *Imaginación e invención*. A partir de este ciclo, entendemos, puede concebirse tanto el motor del proceso de individuación como su expresión en objetos físico, vivientes, psíquico-colectivos y técnicos.

La imagen es abordada por Simondon como si se tratase de un existente, y su ciclo de existencia parece constituir el corazón generatriz del proceso de individuación. Quisiéramos plantear que el ciclo de individuación de la imagen se expresa en la individuación y sus fases física, biológica, psíquico-colectiva y técnica, las cuales son abordadas por Simondon en *La individuación a la luz de las nociones de forma e información* y *El modo de existencia de los objetos técnicos*. Partimos siempre de la base metodológica de que la individuación no puede ser conocida como un objeto para un sujeto; solo puede atenderse a la individuación del pensamiento y, por analogía real⁷ o relación diferencial, comprender el proceso general de individuación.⁸ Es así que, si el ciclo de la imagen constituye el centro motor de la individuación, esto solo será asequible atendiendo al ciclo de la imagen en el pensamiento.

El ciclo de la imagen arranca, según Simondon, con imágenes motoras de carácter pre-perceptivo, a los efectos de desligar ontológicamente a la

6. El detalle del ciclo de la imagen puede consultarse en Aguirre, 2019.

7. “La verdadera analogía [...] es una identidad de relaciones y no una relación de identidad” (Simondon, 2015, 1ª parte, cap. III, “El método analógico”).

8. “... únicamente la individuación del pensamiento puede, consumándose, acompañar la individuación de los seres distintos que el pensamiento; no es pues ni un conocimiento inmediato ni un conocimiento mediato el que podemos tener de la individuación, sino un conocimiento que sea una operación paralela a la operación que se conoce; nosotros no podemos, en el sentido habitual del término, conocer la individuación; podemos solamente individuar, individuarnos e individuar en nosotros; esta captación es por tanto, al margen del conocimiento propiamente dicho, una analogía entre dos operaciones, que es un cierto modo de comunicación” (Simondon, 2015, p. 26).

imagen de la percepción y colocándola, en todo caso, como condición de posibilidad de la percepción. Dicho escandalosamente: la imagen pre-existe a su percepción. La imagen no es necesariamente visual o sonora o táctil. La imagen es ante todo motora, generatriz, germinal. En sus últimas fases de expresión psíquico-colectiva aparece dominada por la percepción y, más aún, por la imaginación, lo cual atenta contra su fuerza germinal o inventiva de un modo que fue insuperablemente descrito por Spinoza en su *Ética, demostrada según el orden geométrico*.⁹

La imagen a nivel resolutorio psíquico-colectivo se expresa ya en múltiples complejos de imágenes entrelazados y superpuestos entre sí que, bajo específicas condiciones problemáticas, dan lugar a su vez a formalizaciones simbólicas que organizan la fuerza generatriz de esos múltiples complejos generando la ilusión (imaginación) de una simplificación. Siempre según Simondon, estas formalizaciones simbólicas pueden ser operatorias, afecto-emotivas y de enlace entre las dos primeras. Así,

“... todo lo que no es operatorio, es decir aquello que, en la relación con el mundo, es afectivo-emotivo, puede también formalizarse y expresarse según categorías subjetivas que autorizan la participación y la acción por comunicación de un sentimiento, de una emoción, de un modo definido de resonancia o de una motivación. En este sentido, la acción, individual o colectiva, se distingue de la operación; tiene ella también, sus modos de compatibilidad, que son normas y ritualizaciones, pero no procedimientos” (Simondon, 2013, p. 177).

I.4 La individuación simondoniana según los modos de existencia de los objetos

Al comienzo del capítulo 1 de la parte III de *El modo de existencia de los objetos técnicos*, Simondon da cuenta de las fases de expresión de la individuación en términos de objetos. Simondon asume una fase

9. Ver *Ética*, II, 17 esc. Podría plantearse que la obra de Simondon puede tanto leerse en la estela del *Tratado de la reforma del entendimiento* como en la estela de la quinta y última parte de la *Ética*.

mágico-primitiva, en la que se encuentran reunidas las fuerzas germinales con su expresión concreta no necesariamente física. Bajo esas condiciones un árbol, una vasija, la recolección, cada acto constituiría un símbolo entramado en una red mágico-analógica de símbolos. Cada percepción resultaría clave, vital. Se trataría de un mundo cinegético, orientado al arte de la caza o al de no ser cazado. Según Simondon esa fase mágica habrá de desdoblarse en una fase técnica y en una fase religiosa, entre un mundo de objetos operatorios y un mundo de objetos sagrados, que comparten fuerza afecto-emotiva. Esto se expresa en una suerte de fase intermedia que reúne a ambas, una fase estética merced a la cual cierto pensamiento estético da lugar a una suerte de analogía (primera) con la fase mágico-primitiva:

“Mientras que el pensamiento técnico está hecho de esquemas, de elementos figurales sin realidad de fondo, y el pensamiento religioso está hecho de cualidades y de fuerzas de fondo sin estructuras figurales, el pensamiento estético combina las estructuras figurales y las cualidades de fondo. En lugar de representar, como el pensamiento técnico, las funciones elementales o, como el pensamiento religioso, las funciones de totalidad, mantiene juntos elementos y totalidad, figura y fondo en la relación analógica; la reticulación estética del mundo es una red de analogías” (Simondon, 2007, p. 207).

Este proceso habrá de continuar, y tanto la fase técnica como la religiosa habrán de desdoblarse en una fase práctica y en una fase teórica, lo que da lugar a 4 fases en total que toman nuestra percepción del mundo (ver Aguirre, 2019). El mundo práctico de la fase técnica se convertirá en un mundo de objetos meramente operacionales (útiles) sin reconocimiento alguno de fuerza afecto-emotiva presente en su modo de existencia. A este mundo de utensilios y operaciones le corresponderá su propia fase teórica, constituida por esquemas de elaboración de las acciones en términos de operaciones cuya formalización no llega aún a ser metrológica. Por el lado religioso, mientras tanto, surgirá una fase práctica o moral de las acciones y una fase teórica o teológica. Según Simondon, el conocimiento científico (por categorías metrologizantes) surge como fase que logra reunir y relacionar los dos modos teóricos (el técnico y el religioso), mientras que el saber ético correspondería a una eventual reunión entre los modos prácticos técnico y

religioso. Ahora bien, estas dos fases de reunión (la científica y la ética) no alcanzan a establecer analogía real (primera) alguna con la fase mágico-primitiva como sí lograba hacerlo el pensamiento estético antes de los sendos desdoblamientos de las fases técnica y religiosa. De allí que el imperio del conocimiento científico sobre la percepción de nuestro mundo pierda crecientemente capacidad de relación con la fuerza generatriz pre-individual. Y, tomando postulados metafísicos de Giorgio Colli, entendemos que esa pérdida de contacto primordial habrá de expresarse en una expansión de la percepción científica del mundo sobre los modos práctico-técnico y práctico-moral.¹⁰ En términos de Nietzsche,¹¹ este sería el mundo que ha quedado (mundo paródico, sin fondo) que, a su vez, habrá de expandirse por todo el planeta según el mismo principio de compensación por la pérdida creciente de contacto con la fase mágico-primitiva del mundo.

Cabe indicar, sin embargo, que esa pérdida de contacto es, más bien, una pérdida de capacidad perceptiva del mismo. El contacto subsiste y persiste. De allí que Simondon pueda ver todavía en el Arte moderno (institucionalizado) una chance para recuperar la percepción analógica de la fase mágica. En efecto, el Arte constituiría el modo imperante de la relación entre el modo práctico-técnico y el modo práctico-religioso, entre operaciones utilitarias y acciones afecto-emotivas. Lo que aún llamamos Arte vendría a colmar la ausencia de un saber ético y jurisprudenciarlo, impedido por

10. Puede atenderse a la siguiente cita haciendo resonar la noción de individuación de Simondon (ver nota 4) con la noción de expresión de Colli: “Pertenece a la naturaleza de la expresión el tener que dejar que se pierda en parte algo, el desvelar sólo de modo incompleto e imperfecto. Aquello que se exprime es más rico que la expresión. Este carácter de insuficiencia repercute en la tendencia, inherente a la expresión, a seguir expresándose, casi hasta alcanzar lo que siempre se le escapa, es decir en el impulso mediante el que se articulan las cadenas expresivas. Esta tendencia nos conduce al siguiente carácter esencia de la expresión, que consiste en la adquisición en representabilidad respecto a los que es expresado, en una ganancia, un acrecentamiento, en una extensión respecto a la forma y a las dimensiones de la apariencia, de modo que compense, que equilibre la mengua congénita gracias al dominio Samper más amplio de la cantidad, desde el nivel de la intuición hasta la esfera ascendente de la abstracción” (Colli, 1996, “Las series expresivas”, pp. 51-52). De allí que más adelante pueda surgir esta ley: “La expresión gana en extensión lo que le falta en adecuación” (“Insuficiencia en profundidad y en superficie”, p. 76).

11. Ver Nietzsche, “Cómo el mundo verdadero se ha convertido en una fábula. Historia de un error”, en *Crepúsculo de los ídolos*.

la expansión del saber científico (reunión de los modos teórico-técnico y teórico-religioso) sobre el ámbito de los modos práctico-técnico y práctico-religioso. A través de la experiencia artística persistiría aún la ocasión de una percepción mágica o, si se quiere, de una percepción del propio proceso de individuación. De allí que Simondon haya postulado una experiencia tecno-estética. Aun encontrándose muy lejos del pensamiento estético que constituye el primer análogo con la fase mágico-primitiva (reunión de tecnicidad con religiosidad no desdobladas aún), la experiencia estética a la que el arte puede dar lugar podría suscitar una apertura o muesca en el mundo de la percepción científica que habilite a una recuperación del saber ético. Esto implicaría dejar de lado las formalizaciones metrológicas de la acción afecto-emotiva y, por lo tanto, una primera recuperación de la fuerza valorativa que transporta toda ley y toda norma. Téngase en cuenta que el derecho sería un modo de relación entre los modos práctico y teórico tanto de la fase técnica como de la religiosa desdobladas. En este último caso estaríamos ante el llamado derecho natural, y en el primero ante un derecho consuetudinario inmanente a las experiencias culturales de cada pueblo con sus “sentimientos jurídicos” concomitantes. Nos gustaría proponer aquí que el Derecho Formal de los Estados de Derecho modernos constituye una reunión de aquellos dos Derechos bajo la égida del modo de formalización metrológica del saber científico.¹² Entendemos que la noción de norma jurídica de Kelsen da cuenta de esta reunión y la consagra, asumiendo siempre el

12. “*El derecho arbitrario, necesario*. Los juristas disputan sobre si es el derecho más cabalmente elaborado o el más fácil de entender en un pueblo el que debe triunfar. El primero, cuyo modelo supremo es el romano, al profano se le aparece como ininteligible y, por tanto, no como expresión de su sentimiento del derecho. Los derechos nacionales, como, por ejemplo, los germánicos, eran toscos, supersticiosos, ilógicos, en parte absurdos, pero correspondían a costumbres y sentimientos indígenas [*heimischen*] heredados muy determinados. Pero donde, como entre nosotros, el derecho ya no es tradición, no puede ser más que *impuesto* [*befohlen*], coacción [*Zwang*]; ninguno de nosotros tiene ya un sentimiento tradicional del derecho [*herkömmliches Rechtsgefühl*], por lo que debemos contentarnos con *derechos arbitrarios* [*Willkürsrechte*], que son la expresión de la necesidad de que *tiene que haber* [*geben müsse*] un derecho. El más lógico es en todo caso el más aceptable, por ser el *más imparcial*: incluso admitiendo que en cualquier caso la unidad de medida mínima en la relación entre delito [*Vergehen*] y castigo [*Strafe*] está fijada arbitrariamente” (Nietzsche, 2001, af. 459).

costo implicado en ello: la pérdida de toda relación con la Justicia, trasunto jurídico de la fase mágico-primitiva.

Según este diagnóstico, solo bajo un influjo tecno-estético, esto es bajo el influjo de la percepción artística que contagia a la percepción operatoria y metrológica del mundo, tendría oportunidad un saber ético que, al recuperar la fuerza valorativa podría, a su vez, habilitar la venida o aparición de un segundo análogo auténtico con la fase mágico-primitiva. Se trataría de una fase de reunión entre el conocimiento científico y el saber ético cuyo cariz, nos atrevemos a sugerir, habría que concebir en términos normativos y ya no estéticos:

“Si la ciencia y la ética pueden converger y reunirse, coincidirían en el eje de neutralidad de ese sistema genético, aportando de este modo un segundo análogo de la unidad mágica, por encima del pensamiento estético que es su primer análogo, incompleto, pues deja subsistir el desfase entre técnicas y religión. Este segundo análogo estaría completo; reemplazaría a la vez a la magia y a la estética; pero quizás no sea sino una simple tendencia que cumple un rol normativo, porque nada prueba que la distancia entre el modo teórico y el modo práctico pueda ser franqueada completamente” (Simondon, 2007, p. 178).

1.5 Las tres recuperaciones

Resumiendo, hasta aquí tendríamos la recuperación de un objeto metafísico y de un objeto técnico para, y a la vez, gracias al pensamiento filosófico. Quedaría por destacar la recuperación de un objeto normativo más allá del derecho formalizado metrológicamente que se ha transformado en la lengua general del Estado (de Derecho) y sus actuaciones. Se trataría de un objeto normativo inmanente o natural (según reúna modos prácticos y teóricos de la tecnicidad o de la religiosidad) pero, principalmente, también un objeto normativo cuya eticidad daría lugar, reunida con la científicidad del conocimiento, a un segundo análogo real capaz de conectar con el pensamiento estético (primer análogo) y, a través de él, con la fase mágico-primitiva.

Todo objeto expresaría o transportaría una fase metafísica y una concreta dando lugar a básicamente dos tipos de enlaces afecto-emotivos: los parciales y los globales desde el punto de vista de individualizaciones

psíquico-colectivas. Esto es, objetos que son símbolo parcial o global del mundo. Ambos pueden ser sagrados u operatorios. Los primeros podrán ser entonces estéticos (parciales) o religiosos (globales) e implican siempre una formalización de la acción (ni operatoria ni metrológica). De nuevo:

“todo lo que no es operatorio, es decir aquello que, en la relación con el mundo, es afectivo-emotivo, puede también formalizarse [destacado nuestro] y expresarse según categorías subjetivas que autorizan la participación y la acción por comunicación de un sentimiento, de una emoción, de un modo definido de resonancia o de una motivación [...] Las artes y las modalidades religiosas de la vida colectiva corresponden a la formalización de la acción por oposición a las operaciones...” (Simondon, 2013, p. 177).

1.6 Ultranormatividad y jurisprudencia a ultranza: la Ilustración como empirismo trascendental

En su artículo “El orden de los objetos técnicos como paradigma de universalidad axiológica en la relación interhumana”, Simondon (2018) plantea la posibilidad de una normatividad universal a partir de una analogía real con la normatividad de los objetos técnicos.

Se trataría de evitar la aplicación formalizaciones propias de una fase expresiva a otra fase expresiva. Así, las formalizaciones simbólicas de la acción afecto-emotivas no debieran estar regidas por formalizaciones simbólicas de las operaciones técnicas. Si bien acción y operación están ligadas diferencialmente, las formalizaciones tienden a perder de vista ese contacto. Incluso la formalización de las operaciones puede esquematizarse metrológicamente generando una ilusión de independencia creciente de las operaciones técnicas con respecto a las acciones afecto-emotivas. El éxito metrológico que conocemos como “progreso” hizo fuerte una concepción del proyecto ilustrado que pretende esquematizar metrológicamente las formalizaciones simbólicas de las acciones afecto-emotivas.

Siguiendo a Simondon, atender a la normatividad propia de los objetos técnicos producidos metrológicamente podría colaborar en la recuperación de la lógica propia de la simbólica afecto-emotiva. Se trataría de

una normatividad universal que, en tanto normatividad diferencial o de enlace, extrae de las normas fijas o de las leyes normalizadas sus potenciales valorativos afecto-emotivos. Y es que, así como existen potenciales valorativos operacionales, existen también los afecto-emotivos. El gesto mecanológico o tecno-estético resulta aquí clave. En efecto, se precisaría una sensibilidad técnica capaz de participar de los potenciales de invención que sostienen los esquemas operatorios metrológicos o, si se prefiere, los algoritmos más formales que podamos concebir. Aún en ellos late un potencial de invención, un germen de individuación: cada objeto técnico transporta, es metáfora de varias capas de individuación física, biológica y psíquico-colectiva.

De allí que, incluso en la metrologización más esquematizante de las formalizaciones simbólicas afecto-emotivas, incluso en lo que Kelsen llama “norma jurídica”, habrá de latir un potencial inventivo que nos ponga de nuevo en la vía del potencial valorativo propio de la acción afecto-emotiva. En este ámbito, se trataría de apostar a una suerte de “ultranormatividad” que dé lugar a una sensibilidad normativa que, a su vez, nos ponga sobre la pista de una sensibilidad jurisprudenciaría que recupere la jurisprudencia tanto de la gestión judicial vía fallos y sentencias (zanjado), como de la gestión literario-audiovisual vía filmes o series o *videogames* (juicios estéticos): una jurisprudencia a ultranza sostenida en lo que Gilles Deleuze (2007) llamara “empirismo trascendental”, en consonancia con un pragmatismo afecto-emotivo no metrológico pero sí operacional en el sentido de una cosmopolítica jurídica (Stengers, 2021). Esta cosmopolítica jurídica recuperaría no solo la capacidad de accionar, sino también la de percibir o contemplar. Allí donde solemos ver procesos judiciales separados de procesos artísticos, podremos generar y atender a procesos a la vez estéticos y jurídicos: una jurisprudencia a ultranza jalonada de *performances* jurídicas como la que nos gustaría presentar a continuación.

II. Introducción a una tecno-estético del derecho (primer caso jurisprudenciaro de Mecanología Judicial y Estética del Derecho)

“... el derecho nunca está enteramente definido antes de la acción a la cual se aplica, ya que esta acción es constitutiva de una estructura que tiene valor de normatividad”

(Simondon, “El orden de los objetos técnicos como paradigma de universalidad axiológica”, en *Sobre la filosofía*, Cactus, 2018, p. 417)

II.1 Introducción

Hans Kelsen ponía tanto ahínco en sus debates como en sus producciones en solitario. Se diría que concebía al conocimiento como un proceso de pensamiento en interferencia intersubjetiva. Toda la impureza que intenta eliminar de la teoría (*Lehre*) del derecho parece licuarse en los talleres del conocimiento del derecho.

Ahora bien, atender a la ciencia como proceso, como taller, pareciera definir el talante de los *controversial studies*.¹³ No se trata de ver quién puede tener o haber tenido más o menos razón en un debate, sino más bien de atender a cómo esos debates constituirían un síntoma de la composición epistémica y geofilosófica¹⁴ de una época dada. Así, proponemos abordar el debate Cossio-Kelsen como una controversia. Así, en este apartado quisiéramos dejar asentados tres aspectos a partir de los cuales, entendemos, podría estructurarse esa controversia. Finalmente, incluimos una conclusión mecanológica como horizonte epistémico de dicha empresa.

13. Podríamos resumir la idea central de los *controversial studies* con estas palabras del prólogo de Alfonso Buch al libro de Shapin y Schaffer, *El Leviatán y la bomba de vacío*: “La tesis central del texto es la siguiente: se sugiere que las soluciones al problema del conocimiento estarían incorporadas en las soluciones prácticas dadas al problema del orden social, y que diferentes soluciones prácticas al problema del orden social involucran soluciones prácticas distintas al problema del conocimiento” (2005, p. 11).

14. Ver Deleuze y Guattari, “Geofilosofía”, 1995.

II.2 Filosofía de la Ciencia del Derecho y Ciencia del Derecho

Cossio es muy claro cuando indica que la diferencia entre la teoría pura y la egológica radica en que la primera entiende la norma como un juicio hipotético y la segunda la entiende como un juicio disyuntivo.¹⁵ Demorarse en este punto permitiría calibrar el diapasón general del debate con Kelsen entendido como controversia, en la medida en que ofrecería un fundamento compartido de esa diferencia: Immanuel Kant. En efecto, se trataría de atender a la ubicación de la norma en la tabla kantiana de doce juicios y categorías. Si la norma es un juicio hipotético, entonces su nexo ha de corresponderse con la categoría de causalidad. Ahora bien, el nexo normativo, la imputación, tendría que considerarse como sub-especie de esa categoría causal o, *in extremis*, como treceava categoría. Si este nexo imputativo, en cambio, forma parte de un juicio disyuntivo, entonces la categoría que le corresponde en el esquema kantiano es la de comunidad.¹⁶ La primera posibilidad implica una introducción a la Ciencia del Derecho, la segunda una Filosofía de esa Ciencia del Derecho considerada como lógica normativa. De allí que Cossio pudiera pretender que Kelsen reconociera a la teoría pura como parte de la teoría egológica. De allí, también,

15. “Tal es lo que ocurre en el pensamiento formal lógico-jurídico, al hilo de sus unidades disyuntivas que multiplican y entrecruzan caminos compositivos de complementación. [...] El manejo de este enlace lógico de las normas, vertical u horizontal, no es deductivo ni inductivo sino dialéctico. Cada paso de este enlace es disyuntivo; es decir, valiendo sólo para ‘algunos’ y nunca para ‘todos’, nos coloca siempre frente a dos principios por lo menos, como base para dar el nuevo paso” (Cossio, 1964, p. 349).

16. “... es preciso notar que en todos los juicios disyuntivos su esfera (el conjunto de todo lo que es comprendido en esos juicios) es representada como un todo dividido en partes (los conceptos subordinados); pero como ninguna de estas partes se halla contenida en las otras, deben ser concebidas como coordinadas y no como subordinadas, de tal modo que se determinen entre sí, no sucesiva y parcialmente como en una serie, sino mutuamente como en un agregado (que afirmado que sea un miembro de la división, excluya a los restantes, y así respectivamente)” (Kant, 1992, Libro primero de la Analítica trascendental, p. 227). Si tomamos como referencia la segunda edición puede leerse: “En un juicio disyuntivo hay cierta comunidad de los conocimientos, que consiste en que se excluyen mutuamente, pero por eso, sin embargo, en su totalidad determinan el conocimiento verdadero, al constituir, todos juntos, el contenido entero de un único conocimiento dado” (Kant, 2009, pp. 116-117).

que Kelsen no pudiera reconocer más que la controversia epistémica en juego entre juicio hipotético y disyuntivo, pero salvaguardando la instancia hipotética de la norma de las implicancias de la disyunción propuesta por Cossio. Pues solo así puede sostenerse la operación técnica de diseño de leyes normalizadas propias de la instancia constitucional de la que fue protagonista Kelsen, como hacedor de la Constitución de la república austríaca, luego de la caída del Imperio austro-húngaro al finalizar la Primera Guerra Mundial.

Si Kelsen atiende a las condiciones de posibilidad de la administración de justicia, Cossio, en cambio, atiende a la sentencia, al resultado final de la administración de justicia. El primero implica un régimen de atención técnico de carácter operatorio y metrológico (formal ciertamente, pero no necesariamente analítico); el segundo implica un régimen de atención técnico de carácter afecto-emotivo (ético, pero no necesariamente fenomenológico). Este carácter afecto-emotivo tematizado por la interferencia inter-subjetiva cossiana, para Kelsen debía resultar necesariamente metafísico, toda vez que remite directamente a la conflictiva noción de respeto (*Achtung*), con la que Kant intenta dar cuenta de modo no-fenoménico y, por lo tanto, no categorialmente, del deber (*Pflicht*) expresado en el imperativo categórico.¹⁷ Este respeto que resulta en el fundamento último del imperativo categórico que Kant presenta en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* resulta para Kelsen, en efecto, metafísico. De allí que haya operado un traspaso de ese deber (*Pflicht*) no categorial, a una suerte de doble de la categoría causal del entendimiento de la Analítica de la Razón: el deber (ser) en tanto *sollen*, tal como queda planteado en el pt. 11 de la primera edición de la *Teoría pura del derecho*: “El deber (*sollen*) como categoría del derecho”.¹⁸

17. “... el deber [*Pflicht*] es la necesidad de una acción por respeto [*Achtung*] por la ley” (Kant, 2008, p. 131).

18. “la teoría pura del derecho [*Reine Rechtslehre*] no entiende la norma jurídica a la manera de la doctrina tradicional [*traditionellen Lehre*], que la equipara a la norma moral, al hacer de ella un imperativo; sino que la concibe [*verstanden wird*] como un juicio hipotético que expresa un vínculo específico entre un supuesto de hecho condicionante y una consecuencia condicionada” (Kelsen, 2011, p. 55).

II.3 Fenomenología de la sentencia y analítica de la norma

Para Kelsen, la norma no vale por sí misma, es más bien la forma del valorar. Esta forma es la constante de toda ley producida normalizadamente en clave estatal constituyendo, el conjunto de esas leyes así producidas, el sistema jurídico. Hete aquí el análisis fundamental de la forma normativa que, a su vez, presupone una norma fundamental (*Grundnorm*) que recuerda que toda forma implica una potencia in-formadora o, en términos menos aristotélicos y más kantianos, que toda analítica de los fenómenos implica una estética trascendental de la sensibilidad.

Para Cossio, mientras tanto, la forma del valorar no es nada sin el acto valorante. De allí su interés por la sentencia, por el acto administrativo que vale o hace valer, cada vez, todo el sistema jurídico poniéndolo en juego en el entramado de relaciones socio-políticas de una cultura dada. A Cossio le interesa la forma jurídica como condición de una experiencia jurídica (la sentencia) y como expresión de una cultura determinada. Aquí la remisión de lo fenoménico no se da en clave de reducción analítica, sino en clave de una reducción fenomenológica. Si “para la teoría egológica la norma integra la conducta que ella misma mienta”,¹⁹ se trata de dar lugar a una suerte de Meditaciones Normativas que, partiendo de la experiencia jurídica de la sentencia, llegue al núcleo fenomenológico de la ley normalizada y, así, a la conducta por ella integrada: “... en el esquema simbólico de la norma jurídica completa se dan cuatro posibilidades de interferencia intersubjetiva de conducta, a saber: como facultad, como prestación, como entuerto y como sanción”.²⁰

Mientras que, para Kelsen, la conducta resulta un presupuesto (expresado por la *Grundnorm*) de la existencia de un sistema normativo cualquiera, cuyo trasunto sistémico es la persona jurídica formalmente individualizable como sujeto de la norma; para Cossio las leyes son resultado de conductas en interferencia intersubjetiva, sin importar lo formalizadas que estén ni

19. Cossio, Carlos, “Páginas de ayer”, *La Ley*, Buenos Aires, N° 10, 2003, p. 18. O también: “El Derecho es conducta y la conducta se integra con el pensamiento de sí misma; y este pensamiento es la propia norma con que el jurista mienta esa conducta” (Cossio, 1964, nota 3).

20. Cossio, 1964, p. 349.

la normalización metrológica alcanzada por su modo de producción. Y el extremo de efectuación de esas leyes, bajo el modo estatal de producción y administración de justicia, habrán de ser las sentencias. Así, podría decirse que, para Cossio, las sentencias no solo fallan o zanján diferencias de caso, sino que más bien constituyen el diferendo que mientan o disciernen. La facultad de juzgar (*Urteilkraft*) consiste en discernir los casos; no simplemente en zanjar la diferencia que los constituye, sino en *hacer* esa diferencia para así estabilizar un diferendo.²¹

II.4 Interferencia intersubjetiva y justicia design

La *justicia design* tiene como objeto la forma (*Gestalt*),²² cuyo soporte sería la persona jurídica;²³ la egología tiene como objeto el sujeto, del que la sentencia sería su condición jurídico-cultural.

Mientras que Cossio aborda conjuntamente hecho, norma y valor, a través de una fenomenología existencial de la cultura que atraviesa todo el campo de conductas en interferencia intersubjetiva, Kelsen hace foco en la norma dejando de lado hechos y valores. Entendemos que este gesto epistémico tiene su procedencia definitiva en la labor constitucional de Kelsen. Abocado a una tarea de tipo *design* (*Gestaltung*), no podía atender ni a hechos ni a valores; más aún debía intentar reducirlos a una forma (*Form*), todavía no una *Gestalt*, pero sí ya una fórmula (*Formeln*): la fórmula de la norma jurídica. Toda interferencia intersubjetiva podía resultar fatal para el Kelsen post-Primera Guerra Mundial, empeñado como estaba en redactar una Constitución republicana (no imperial) para Austria. La *Grundnorm* alcanza y sobra para dar señales sobre dichas interferencias y sus conductas

21. Ver Sfez, 2021.

22. “La norma que establece la conducta que evita el acto coactivo, conducta que es la pretendida por el ordenamiento, tiene el significado de norma jurídica a condición de que con ella se diga lo que tan solo la proposición jurídica enuncia de manera correcta y completa, consistente en que en el supuesto de que se produzca la conducta contraria se ha de llevar a efecto el acto coactivo. Esta es la norma jurídica en su forma primaria [*primären Gestalt*]” (Kelsen, 2011, p. 60).

23. “La determinación del sujeto concreto es posible gracias a que el ordenamiento jurídico estatal delega en el ordenamiento parcial cuya unidad viene expresada por la persona jurídica” (Kelsen, *idem*, p. 77).

y valoraciones concomitantes. La labor de quien busca dar con un esquema operatorio para producir leyes no atiende más que a los efectos que esas interferencias suelen producir: cómo están formadas las leyes que producen las conductas en interferencia intersubjetiva. Obtenida esa forma y su fórmula, podrá establecer un esquema operatorio metrológico o, como veíamos al final de la primera parte, un algoritmo, que ya no dependerá de esas conductas para producir las leyes capaces de conducir o gobernar las conductas en interferencia intersubjetiva. Así, estas resultan en un presupuesto de todo el proceso de *justicia design* que brinda a dichas “conductas”, a través de leyes normalizadas según la fórmula que Kelsen denominara *norma jurídica*, tanto su sentido subjetivo como objetivo.²⁴

II.5 Conclusión mecanológica

Ahora bien, podría atenderse al tipo de interferencia intersubjetiva que da lugar a la normalización de la producción de las leyes que la expresan. Esta normalización conlleva la formulación de esquemas operatorios metrológicos, capaces de producir leyes sin el concurso (diríase artesanal) de las conductas y sus interferencias. Como indica Paolo Grossi,²⁵ hay una historia de este modo de producir leyes, de este modo de producir sentido. Una historia que, si bien pudiera no interesar a la teoría pura,²⁶ no queda cancelada

24. “Las normas jurídicas que tienen las funciones indicadas son el sentido de actos de voluntad de las personas que crean y aplican el derecho: el legislador, el juez, los órganos administrativos, las personas que realizan actos jurídicos. Son el sentido subjetivo –es decir, intencionado por la voluntad del hombre– de estos actos. Que este sentido subjetivo sea una norma jurídica válida significa que *es interpretado como el sentido objetivo* de ese acto. [...] A la pregunta de bajo qué presupuestos el sentido subjetivo de un acto dirigido a la conducta de otro es interpretado también como su sentido objetivo, la respuesta es: bajo el presupuesto de la norma básica o fundamental” (Kelsen, “Validez y eficacia del derecho”, 2005, pp. 57 y 58, el destacado es mío).

25. Ver Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003.

26. Y que pudiera no interesarle, no quiere decir que no estuviera presente. Atiéndase, por ejemplo, al siguiente pasaje: “Reducido así el derecho subjetivo al derecho objetivo, queda aquel absorbido por este, y queda también excluida la posibilidad de abuso ideológico. Pero, sobre todo, se consigue que el concepto de derecho no quede limitado a una específica forma técnica [*technische Gestaltung*] del ordenamiento jurídico. Y se da cuenta de la condicionalidad histórica [*historischen Bedingtheit*] del orden jurídico capitalista [*kapitalistischen*”

ni queda agotada por una fenomenología de la ciencia o, más específicamente, por una filosofía de la ciencia del derecho. In extremis, se trataría de plantear una fenomenología de la Filosofía de la Ciencia del Derecho.

Creemos que Cossio fue sensible a dos cosas: a la condición histórico-filosófica de la norma jurídica, y a la potencia expansiva de la norma jurídica, de la forma normalizada de la ley. En el primer caso, Kelsen obtiene lo que Simondon llama un *esquema operatorio metrológico* de los modernos procesos de normalización de la producción, en nuestro caso específico, de la producción de leyes.²⁷ En el segundo, se aprecia que la forma de la ley puede vertebrar o formalizar todo el proceso de administración de justicia y, más aún, todo el proceso histórico-social: una suerte de gramática jurídica para la gestión metrológica (estatal o no) de los modos normalizados de producción de vida.

Lo que el debate Cossio-Kelsen muestra, abordado en clave controversial, es que la herramienta fenomenológica o bien resultaba insuficiente para Cossio, o bien lo desviaba de su pista epistémica. En efecto, la reducción fenomenológica de la sentencia solo puede dar con la operación neo-kantiana que hace de la imputación un juicio hipotético, pero no habilitaría del todo a dar cuenta de la interferencia intersubjetiva, en tanto que la imputación, incluso abordada como juicio disyuntivo, todavía quedaría separada epistémicamente de la cultura que solo puede expresarse categorialmente o, como mucho, a través del como si (*als ob*) de un juicio reflexionante teleológico. A este respecto, resulta notable constatar el ahínco anti-fenomenológico sostenido por Kelsen no solo en su debate con Cossio.²⁸ Como si Kelsen inhabilitara la herramienta con la que Cossio intentaba recuperar epistémicamente la condición afecto-emotiva de la ley, no para defender su posición, sino por considerar que esa herramienta dejaba “a mitad de camino” entre

Rechtsbildung] al elaborar el concepto de derecho [*im Rechtsbegriff selber*]” (Kelsen, 2011, pp. 73-74). Carlos Tejerina traduce esta última oración, entendemos, con mayor precisión: “La condicionalidad histórica de la organización capitalista del Derecho es tenida en cuenta en el concepto mismo Derecho” (Kelsen, 1946, p. 80).

27. La obtención de su teoría pura, entendemos, tuvo lugar en ese taller de artesano y, a la vez, laboratorio científico, implicado en la redacción de la Constitución austríaca de 1919. A respecto ver *Hans Kelsen und die Bundesverfassung*, catálogo nro. 17 del Bezirksmuseum de Viena.

28. Ver Kelsen, 1990.

la técnica y la cultura (o sociedad). Quizás replicando el gesto kantiano de no alejarse de la “isla de la verdad”,²⁹ Kelsen prefiere la prudencia de quedarse calafateando el sistema normativo, cuyo valor quedó planteado en su libro *De la esencia y valor de la democracia* (1920 y 1929).³⁰ Cossio, quizás bajo el influjo de los “argonautas del espíritu”,³¹ procura ir más allá de esa “isla”, pero la herramienta fenomenológica, o bien lo deja a la deriva, o bien lo re-envía siempre al punto de partida kantiano, categorial.

Nos gustaría proponer, sucintamente, una resolución simondoniana del enigma que plantea esta controversia. A saber: considerar los esquemas operatorios metrológicos como invenciones, y los procesos técnicos que conllevan, como parte de una cultura técnica de calibre afecto-emotivo. Dicho en clave de nuestra controversia, atender a la norma jurídica como la expresión de un modo específico de interferencias intersubjetivas, como una invención cultural específica que hace parte del proyecto enciclopédico-ilustrado.³² Diríamos que las figuras de Cossio y Kelsen, reunidas contro-

29. “No solamente hemos recorrido ya la tierra del entendimiento puro, y examinado cuidadosamente cada parte de ella, sino que además la hemos medido, y hemos determinado su lugar a cada cosa [de las que hay] en ella. Pero esta tierra es una isla, y está encerrada por la naturaleza misma en límites inalterables. Es la tierra de la verdad (un nombre encantador), rodeada de un océano vasto y tempestuoso, que es el propio asiento de la apariencia ilusoria, en el que mucho banco de niebla, y mucho hielo que pronto se derrite, fingen nuevas tierras, y, engañando incesantemente con vacías esperanzas al marino que viaja en busca de descubrimientos, lo complican en aventuras que él jamás puede abandonar, pero que tampoco puede jamás llevar a término. Pero antes de aventurarnos en este mar para explorarlo en todas las latitudes y cerciorarnos de si hay en ellas algo que se pueda esperar, será útil dar previamente una mirada al mapa de la tierra que queremos abandonar, y preguntar, en primer término, si no podríamos contentarnos con lo que ella contiene, o también, si no deberíamos contentarnos, por necesidad, [con ello], si acaso no hubiera en parte alguna otro suelo sobre el que pudiéramos establecernos; en segundo término, cuál es el título que nos da la posesión de esta tierra misma, y por el que podemos tenernos por seguros frente a todas las pretensiones enemigas” (Kant, 2009, pp. 273-274).

30. Al respecto ver Lagi, 2007.

31. Ver Nietzsche, *Aurora*, af. 575 “Los argonautas del espíritu”. Resulta también interesante establecer un contrapunto entre este aforismo, y el 261 (“Los tiranos del espíritu”) del volumen 1 de *Humano, demasiado humano*.

32. “Los enciclopedistas modernos son los sabios constructores de centros automáticos de documentación, es decir los cibernéticos, esos técnicos de la información, que trabajan en equipo y piensan en común, empujados por su fe en ese postulado nuevo: el empirismo

versialmente, componen la figura del mecánologo que propone Simondon. Pues, si la Mecanología puede definirse como una psicología de los objetos técnicos,³³ Kelsen sería el técnico operatorio y Cossio el técnico afecto-emotivo de esa invención que es la norma jurídica. Entre ambos indican la posibilidad de una tecno-estética del derecho de cuño simondoniano,³⁴ capaz de recuperar la capacidad de atender tanto al Estado y al Derecho como obras de arte,³⁵ y al acto jurisprudenciarlo como "... descubrimiento de una compatibilidad entre una normatividad constituyente y una normatividad constituida".³⁶

III. La reforma urbanística de la Comuna 13 de Medellín como *performance* jurisprudencial (segundo caso jurisprudenciarlo de Mecanología Judicial y Estética del Derecho)

III.1 Introducción

Quisiéramos proponer la noción de *justicia design* como la relación diferencial entre las experiencias expresivas culturales y las experiencias propiamente jurídicas. Así como las primeras no están exentas de derecho, las segundas no están exentas de arte o de técnica (*ars, techné*). Se trataría de configurar una Estética del Derecho que resultara, a la vez, tributaria de

lógico" (Simondon, 2018).

33. "Es muy difícil para un obrero/operador conocer la tecnicidad a través de los caracteres y las modalidades de su trabajo cotidiano sobre una máquina. Es difícil también, para un hombre que es propietario de máquinas y las considera como un capital productivo, conocer su tecnicidad esencial. Únicamente el mediador de la relación entre las máquinas puede descubrir esta forma particular de sabiduría. Ahora bien, dicha función no tiene aún un lugar social; sería la del ingeniero de organización, si no estuviera preocupado por el rendimiento inmediato y gobernado por una finalidad exterior al régimen de la máquina, la de la productividad. La función cuyas grandes líneas intentamos trazar sería la de un psicólogo de máquinas, que se podría denominar mecánologo" (Simondon, 2007, pp. 164-165).

34. Al respecto ver Aguirre, 2019 y 2022 a y b.

35. Burckhardt, 1982, capítulo 1.

36. Simondon, 2018, p. 427.

una etnografía del derecho como la que plantea Bruno Latour en *La fabrique du droit* (2004), y de la “estética trascendental” kantiana:³⁷ al límite entre *noumeno* y fenómeno, la noción de *justicia design* permite abordar el proyecto urbanístico en la Comuna 13 de Medellín como una “*performance* jurisprudencial”.

La *performance jurisprudencial*, retomando lo planteado en la primera parte, resulta en una práctica jurisprudenciaría no tribunalicia que logra influenciar en el ámbito de la así llamada “Administración de Justicia” abocada a fallar y zanjar (*trancher*), no a juzgar.³⁸ Ciertamente, bien atendida, toda práctica tribunalicia implica una “*performance* jurisprudencial” más o menos anquilosada. No existe Tribunal cuya capacidad de *trancher* (zanjar y fallar) no sea expresión de un campo simbólico jurisprudencial de cuya fuerza fictiva (*fictive*)³⁹ se nutre. Desde este punto de vista, toda decisión judicial sería una “obra de arte” surgida de una técnica de reproducción específica de carácter burocrático. La “*performance* jurisprudencial” vendría a mostrar o poner de manifiesto esta condición de pieza artística, de *eidolon* simbólico que conlleva la práctica tribunalicia. La “*performance* jurisprudencial” logra trazar el arco que va entre la pieza, obra o producción techno-artística y la pieza, obra o producción judicial.

Nuestra hipótesis de partida propone que el *design* es un urbanismo, que el *design* es la forma expresiva predominante en el siglo XX tanto a nivel urbanístico como jurídico. Así, el urbanismo sería una organización de la jurisprudencia al igual que la literatura.⁴⁰ La jurisprudencia no se agota en la tarea jurisprudenciaría propia de la administración estatal de justicia.

37. Ver Aguirre y Kessel, 2022.

38. “Hay una inocencia en el derecho, que le viene de ser ajeno al juicio: lo único que hace un juez es zanjar” (De Sutter, 2015).

39. “... car il n’y a point de puissance capable de fonder l’ordre sur la seule contrainte des corps par les corps. Il y faut des forces fictives” (Valéry, 1957). “Porque no existe poder capaz de fundar el orden sólo por la coacción de los cuerpos sobre los cuerpos. Hacen falta fuerzas fictivas/ficcionaloras” (traducción propia).

40. “No me interesan ni la ley ni las leyes, ni siquiera el derecho o los derechos, lo que me interesa es la jurisprudencia. Ella es la auténtica creadora de derecho: habría que evitar que los jueces la monopolicen. Los escritores no deben leer el Código Civil sino más bien las colecciones de jurisprudencia” (Deleuze, 2006).

La República de Weimar y la escuela de la Bauhaus presentaron las ideas rectoras de la organización política y cultural predominantes después de la Segunda Guerra, pudiendo rastrearse los antecedentes de ambas en la Viena de principios del siglo XX, con especial atención en la producción constitucional de Hans Kelsen⁴¹ y en la producción cultural de los Wiener Werkstätte y específicamente de Adolf Loos, cuyo conocido texto de 1908 “Ornamento y delito” (1980) podría constituir un símbolo de nuestra propuesta.

III.2 Presentación Bauhaus: de la Bildung a la Gestaltung

Bauhaus fue ante todo un establecimiento educativo cuya característica saliente a los efectos de este trabajo es el haber tenido entre sus objetivos, además de la formación “artística” de sus estudiantes, reformar el modo imperante de transmisión de conocimiento al menos en Alemania: la formación histórica (*historische Bildung*).⁴² Ante la *Bildung* la escuela de la Bauhaus presentó su *Gestaltung* (*design*). Era este nuevo modo de conocer y de transmitir el que la escuela *Bauhaus für Gestaltung* enseñaba en su establecimiento educativo de Weimar durante la década de 1920: “Frente al programa de 1919 [en el de 1921] aparece claramente destinada la enseñanza en la Bauhaus de tal manera que el ‘atrevido, pero también utópico proyecto de sociedad’ adopta desde ahora la forma de ‘un plan real de reforma escolar’” (Wick, 2012, pp. 67-68). Por eso quienes se graduaban en la escuela obtenían un certificado que indicaba la procedencia de su maestría artesana: “maestro de la cámara de artesanía, en su caso de la Bauhaus” (*idem*, p. 69).

Este nuevo modo de conocer y transmitir, junto a su enseñanza, incluía una característica singular: su necesaria expresión práctica en el mundo. La *Gestaltung* no es solo formación (*design*) de la persona, sino también formación (*design*) del mundo: “la escuela es la servidora del taller, y un día será absorbida por este” (*idem*, p. 59). Así, se entiende mejor la propuesta programática de la escuela: reformar el mundo, modificar el modo que tenemos de construirlo a los efectos de ampliar y mejorar sus condiciones de

41. Ver *Catálogo N° 17* del Museum Josefstadt, Viena, 2011.

42. Ver Nietzsche, 1988 y Koselleck, 2012.

habitabilidad volviéndolo empíricamente más justo, dando lugar a lo que nos gustaría denominar “justicia *design*”.

Ahora bien, lo que quisiéramos mostrar, siguiendo la línea conceptual de curación de la exposición “Bauhaus Imaginista: Aprendizados Recíprocos”,⁴³ es cómo la lógica de esta suerte de nueva Reforma del mundo también puede operar, en la medida en que ha podido efectivamente expandirse luego de la Segunda Guerra Mundial, como una lógica “imperialista” que subsume otras formas de transmisión de conocimiento y de construcción de mundo, específicamente las de América Latina.

Por eso este artículo toma como referencia el film *Von Bauen der Zukunft–100 Jahre Bauhaus (Bauhaus spirit–100 years of Bauhaus)* que aborda algunas reformas llevadas adelante en la Comuna 13 de Medellín (Colombia). Especialmente atendemos a la idea allí planteada de que dichas reformas pueden entenderse como parte del legado de la escuela Bauhaus y, eventualmente, como un modelo para futuras modificaciones urbanísticas en grandes urbes europeas.

Se trata, en definitiva, de seguir la idea de *Gestaltung (design)*, desde su formulación práctica en el establecimiento educativo de la escuela Bauhaus en la década de 1920, hasta su eventual expresión en la Comuna 13 de Medellín en el comienzo del siglo XXI. Ahora bien, toda idea implica unas

43. “*Bauhaus imaginista* opens up a transnational perspective on the history of modernist art and design—a history marked by war and dictatorship, the Cold War, the non-aligned movement and independence movements that erupted across the developing world, and, finally, the mid-twentieth century’s unrestricted promise of modernization. In a series of site-specific exhibitions, events, and publications that took place between 2018 and 2020, Bauhaus imaginista demonstrated to what extent and under which local conditions Bauhaus design debates and Bauhaus-derived pedagogical methods were taken up and further developed. The worldwide circulation of Bauhaus concepts is not understood here as a history of impact and influence, but, rather, as part of a network of international linkages and exchange relationships that were in effect prior to the advent of National Socialism and recommenced after the Second World War’s conclusion” (<http://www.bauhaus-imaginista.org/concept>).

Resulta también relevante atender a lo planteado en la guía de la exposición: “... trata-se da oportunidade de refletirmos sobre a reciprocidade necessaria aos intercâmbios sociais e aos processos de ensino-aprendizagem, o que exige não apenas a desconstrução das hierarquias entre as diferentes matrizes culturais, mas também o reconhecimento das violencias e dívidas históricas” (Santos de Miranda, 2018).

resistencias. Así, el establecimiento educativo de la Bauhaus tuvo su oportunidad durante la República de Weimar, pero siempre venciendo fortísimas resistencias político-culturales del entorno. Por ello, tuvo que trasladarse de Weimar a Dessau y de Dessau a Berlín, donde finalmente el gobierno nacionalsocialista la obligó a cerrar sus puertas en 1933. Pero esta idea viajó a Estados Unidos junto a Walter Gropius o junto a László Moholy-Nagy, y allí tomó impulsó desde Harvard o desde la New Bauhaus de Chicago desde 1937.⁴⁴ También volvió a surgir en Alemania con la *Hochschule für Gestaltung* en la ciudad de Ulm en 1953. Y se diría que, a partir de entonces, no se detuvo y comenzó a generar otro tipo de resistencias, de las que este artículo pretende hacerse eco a partir de la siguiente hipótesis de base: toda idea necesita mantenerse en contacto con el trance de su ocurrencia.⁴⁵ Alejada del trance de su ocurrencia se transforma en un procedimiento de instrucciones (un algoritmo) y necesita mantenerse a costa de otras fuentes de energía o, como la llamamos en este apartado, de entusiasmo.

III.3 Continuidades funcionales entre la casa y el bar

Quisiéramos rastrear la procedencia epistémica de la reforma urbanística de la que fue objeto la Comuna 13 de Medellín, a partir de la interpretación de la misma brindada en el mencionado film *Von Bauen der Zukunft (Bauhaus Spirit)*. Allí se indica que las reformas urbanísticas allí realizadas y, en tren de realización, pueden entenderse como la ampliación de las ideas o del “espíritu” de la escuela *Bauhaus für Gestaltung* la cual, para el año 2018, estaba cumpliendo 100 años desde su fundación en Weimar.

Asumiendo esa idea como hipótesis quisiéramos integrarla con algunas consideraciones sobre la escuela Bauhaus que quedarán planteadas, básicamente, en el artículo “La escuela Bauhaus de la formación histórica a la in-formación permanente” (Aguirre, 2009). Allí planteamos que la

44. Aquí un ejemplo del texto programático compuesto por su director, Moholy-Nagy, entre 1928 y 1947: “Actualmente afrontamos nada menos que la Reconquista de los fundamentos biológicos de la vida humana. Cuando los recuperemos, podremos aprovechar hasta el máximo el progreso técnico en el campo de la cultura física, la nutrición, la vivienda y la industria, es decir, podremos reorganizar íntegra y totalmente nuestro actual sistema de vida” (2008, p. 25).

45. Ver Morey, 2007.

Gestaltung es una continuación de la *Bildung* y que, como tal, remite a una mutación en el régimen de la “forma” y de la “formación”. Esta mutación habría alcanzado, 100 años después, su realización urbanística dando a ver que, desde el inicio, la Bauhaus era un urbanismo, aun en sus aspectos aparentemente más alejados de la arquitectura como pudieran ser el tejido, el teatro, o el diseño de juguetes.

En clave de una historia filosófica, lo primero que hay que notar es que la *Bildung* en tanto formación histórica (*historische Bildung*) procede, a su vez, de prácticas de raigambre luterana que hacen a la formación del buen cristiano. Cada buen cristiano que se ha independizado de la formación católica romana, de su catequesis, recorre por su cuenta el camino de la vocación, de lo que Lutero traducirá como *Beruf*, también profesión (Agamben, 2006). La misma habrá de ser en principio una “profesión de fe” pero, con el tiempo, habrá de transformarse en el sistema de “profesiones liberales” del siglo XX. Siguiendo algunos planteos de Miguel Morey en “La invención de la literatura, apuntes para una arqueología” (2007), podemos afirmar que el camino de la *Bauhaus*, de su *Gestaltung*, continúa el camino de la lectura interior, de su exteriorización. En efecto, en la medida en que el único acceso personal/individual a la voluntad de Dios que quedara vigente luego de la Reforma se concentró en los textos bíblicos, la lectura interior surgió como necesidad de la auto-formación del buen cristiano luterano. De allí que la hermenéutica teológica se encuentre a la base de las maneras de estudio de lo que más tarde habrán de ser eruditos o doctos (*Gelehrten* según el decir nietzscheano) liberales humanistas secularizados. Es en este sentido que puede decirse que la Bauhaus es un humanismo y que este, a su vez, es un urbanismo, cuya característica saliente habrá de ser la recuperación de las imágenes religiosas que la Reforma había condenado. Esta recuperación, ciertamente, habrá de realizarse según una nueva manera de abordar y generar forma: la *Gestaltung*, un nuevo tipo de formación que dará lugar al imperio de la forma en tanto *Gestalt*.

En clave *thimótica* (Sloterdijk, 2010), podríamos afirmar que esta nueva formación da lugar a una reanimación del cuerpo social, cuya fuerza vocacional o profesional se encontraba en franca caída y buscaba “entusiasmos” en “causas” que, tendencialmente, tenían más que ver con la destrucción (la guerra) que con la construcción. Así es que la *Bauhaus* nace, desde su nombre, como escuela de construcción de moradas, de “habitares”. No solo casas o edificios, sino más que nada nuevos hábitos y nuevas costumbres

entretreídas con imágenes y colores que son recuperados en clave funcional. Es el acento puesto en la funcionalidad, en el aspecto funcional del mundo, el que vuelve tolerable y fomentable la diversidad de imágenes visuales, táctiles y sonoras tanto para la ética protestante como para el espíritu del capitalismo (Weber, 2008). De allí que, desde el punto de vista de la tradición más conservadora (protestante, pero también católica), pudiera ser una escuela cuyas prácticas resultaran “degeneradas”.

Ahora bien, la mencionada baja *thimótica* o pérdida de entusiasmo que Weber denominara “desencanto” (2020), puede detectarse en el corazón mismo de la re-generación moral de hábitos y costumbres: en el sentimiento del derecho (y también de justicia), clave para la germinación de las valoraciones y de las normas que sostienen los hábitos.⁴⁶ Si este sentimiento decrece, si se pierde tal y como diagnosticara Nietzsche en *Humano, demasiado humano*, las costumbres resultan en cáscaras vacías sin sentido generadoras de desorientación, angustia y desencanto en los comportamientos. De allí que, como indica Nietzsche en el aforismo 459 (*Willkürliche Recht notwendig*, “El derecho arbitrario, necesario”), se precise un derecho arbitrario que satisfaga la necesidad de que haya un derecho, aunque ya no se lo sienta. Este derecho, justamente por su arbitrariedad, habrá de ser crecientemente formal y abstracto para resultar tolerable para la creciente ausencia de sensibilidad jurídica. A su vez, como suplemento de este movimiento formalizador, la Novela (policial) funge como motivadora de la lectura interior continua (Aguirre, 2017). La escuela *Bauhaus*, en tanto, fomentaría ese proceso formalizador en las prácticas de la vida cotidiana, procurando adaptar los hábitos y costumbres al nuevo modo de producción, formal y abstracto, de leyes y valores. Este nuevo modo, subrayamos, compensa la pérdida de sentimiento del derecho y, como tal, se sostiene solo en el hecho de funcionar, en su funcionalidad.

Ahora bien, la escuela *Bauhaus* no asume solamente la funcionalización de las costumbres sino también, y al mismo tiempo, su motivación, como si combinara a la vez Derecho (formal) y Literatura (folletín). Así, se aboca a rescatar a la fuerza cultural que residía en la *Kultur* que, en términos de *Bildung* resultaba ser una suerte de pesado adorno exterior para

46. “... los valores establecen y permiten la transductividad de las normas ” (Simondon, 2015, p. 424).

costumbres más o menos modernas, más o menos tradicionales. Toda esa *Kultur*, concebida como arte y producción artesanal, habrá de ser también formalizada en clave *Gestalt* a los efectos de integrarla al proceso de formalización metrológica o de diseño funcional de la vida cotidiana. De este modo, esta vida abstracta y formal de fundamento arbitrario traería consigo una suerte de sentido motivador artificial y estandarizado⁴⁷ capaz de suplantar la ausencia de sentimiento de justicia que se encuentra en la base de todo el proceso.

De allí que el proyecto Bauhaus fuera fuertemente democrático y estuviera asociado genéticamente con la República de Weimar. Pues como señala Kelsen, la esencia y el valor de la democracia radica en su fuerza procedimental, en su capacidad de hacer funcionar al cuerpo político manteniendo los ánimos satisfechos (Lagi, 2007). Ciertamente este proyecto no llegó a tiempo ni con la suficiente fuerza como para evitar la Segunda Guerra Mundial, pero sí para perdurar más allá de ella y para crecer con más fuerza en EE. UU. y en Europa occidental luego de la finalización de la misma.

Tras la Segunda Guerra quedó claro que se precisaba asumir la funcionalización de los lazos comunitarios y, por lo tanto, de toda la vida cotidiana y de los modos de subjetivación a ella asociada. El “nuevo hombre” que preconizara la Bauhaus tenía ahora toda la atención y los medios para su formación y desarrollo, para su diseño. Así surgió la nueva *comunidad de diseño* (conocida como sociedad de comunicación de masas) y lo que llamamos *justicia design*, con el santo y seña de la Declaración de los Derechos Humanos a cargo de la flamante Organización de las Naciones Unidas, grandioso proyecto de diseño político mundial.

Podría decirse que, si la Bauhaus es un urbanismo, lo es porque, tanto la vida doméstica como la vida política, son abordadas “urbanísticamente” en clave de funcionamiento motivado y motivante. Como si cada casa estuviera conformada urbanamente y cada electrodoméstico pudiera considerarse como mobiliario urbano, como si cada elección política pudiera reducirse a una elección de alfombras para el living. Siendo esto así, no es de extrañar el más reciente proceso de gentrificación de las metrópolis. Este

47. “A la teoría de la materia corresponde, en el programa de la Bauhaus, la teoría de la forma: su común corolario es el *standard*, producto de la media destinado a la media” (Argan, 2006, p. 51).

podría interpretarse como una exteriorización de los hogares más funcionales y motivados o motivantes para un estar cómodo en la vía pública: que cada bar, que cada oficina, que cada barrio, sea una suerte de *cozy studio*, que la antigua confortación cristiana se realice finalmente en el confort de las ciudades como si estas fueran un gran *studio* compartido.

En este sentido las ciencias cibernéticas de la comunicación estarían abocadas a la puesta en común metrológica de la normalización de las leyes, de la política y de la vida cotidiana, siempre en esta clave urbanística. Y es que el *design* alcanza también a las subjetivaciones y queda claro que, así como no alcanzaba con dos colores, tampoco alcanza con dos géneros. Un espectro de colores y un espectro genérico habrán de quedar disponibles conjuntamente para las subjetividades también gendrificadas.

III.4 Mientras tanto en Latinoamérica: el Plan Luhmann de entretenimiento

En la sesión inaugural del XIII Congreso Mundial de Sociología de 1994 en Bielefeld, Alemania, titulado “Contested boundaries and shifting solidarities” (“Conflictos fronterizos controvertidos y transformación de solidaridades”), Niklas Luhmann indicaba: “Si alguno de ustedes ha estado alguna vez en las favelas de las ciudades sudamericanas, se habrá dado cuenta que al interior de ellas se sienten inmediatamente como cuerpos...” Y agregaba: “... algunos de ellos aparentemente son personas, direcciones en sistemas de comunicación...”, pero “lo que más caracteriza esta situación es la violencia, la sexualidad, etc.,...” (1996, p. 42). Y diagnosticaba: necesitamos eso, necesitamos extraerlo. Quedábamos así habilitados a pasar de ser “países subdesarrollados” a “países emergentes”. En Latinoamérica lo importante no radica más en sus recursos naturales sino en sus recursos culturales vírgenes, agrestes, salvajes. Se trataba de extraer y transportar aquello que, por el momento, no era más que violencia y sexo, mezclados con catolicismo, mezclado con paganismos originarios, mezclados con mucha televisión. Nuevas solidaridades.

Se da inicio, así, al proceso de formalización metrológica de la Cultura local, así como alguna otra vez se formalizara la *Kultur* de la *Bildung*. En este caso merced a la noción de “sistema” y del vector performativo (ni utilitario ni funcional) que surgiera de la generalización de la normalización funcional en clave *Gestaltung* o *design*. Y habrá de ser el complejo compuesto por

arte, entretenimiento y deportes el que haga las veces de máquina extractora de toda esa fuerza cultural y de procesadora sistémica de la misma según un *pop-design* performativo y/o entretenido. Si alguna vez, en los albores del diseño de la subjetivación, uno de los mecanismos más importantes en ese sentido, conocido como *The Beatles*, pudieron plantear “fun is the one thing that money can’t buy”,⁴⁸ finalmente estábamos ante la constatación de que era justamente el “*fun*” lo que permitía comprar o controlar todo aquello que el dinero no podía comprar, o controlar: *la sensación de justicia y su concomitante orgullo* (ver nota 50). El entretenimiento (el entrenamiento y domesticación del *fun*) que comenzara con la funcionalización motivante de la Bauhaus y continuara con el “rock&pop” habrá dado lugar al sistema-mundo post Guerra Fría y, por lo tanto, precisa nutrirse de fuerza cultural no funcionalizada ni normalizada a cambio de funcionalizar esa misma fuerza que, de otro modo, no podría extraer. Una suerte de proceso de entretenimiento de las fuerzas culturales para que estas, a su vez, puedan servir de entretenimiento.

Es así que podemos concebir a la Comuna 13 como una mina cultural a cielo abierto, con cultura extraíble y procesable casi inmediatamente a disposición. Pero ninguna de todas las reformas allí realizadas hubiera sido posible, aun con toda la violencia militar requerida para ello, si antes no se hubiera aplicado lo que proponemos llamar “plan Luhmann”. Sumariamente puede indicarse que este plan arrancó su puesta en práctica con la canción y video-clip (rodado en la favela Dona Marta de Río de Janeiro y en el Pelourinho, barrio histórico de Salvador de Bahía, Brasil) “They don’t care about us” de Michael Jackson (1995), y que se consumó con el Mundial de Fútbol Brasil (2014) y con los Juegos Olímpicos Río de Janeiro (2016) que terminaron de visibilizar y hacer concebibles sistémicamente a las favelas como entretenimiento o patrimonio cultural-natural de la Humanidad. Como decía Luhmann: “...la única posibilidad es ver cómo introducir la despreocupación dentro de un sistema despreocupado; esto es, cómo hacer a los sistemas conscientes de que dependen de la indiferencia, del no mirar,

48. “She (what did we do that was wrong) / Is Having (we didn’t know it was wrong) / Fun (fun is the one thing that money can’t buy)”, fragmento de “She’s leaving home” de McCartney y Lennon en *The Beatles, Sargent Pepper’s Lonely Hearts Club Band*, Parlophone y Capitol Records, London, 1967. Ver al respecto Aguirre, 2014.

de no plantear problemas, a la vez que incorporar en un sistema la diferencia entre la preocupación y la no preocupación y entonces ver qué sucede” (1996, p. 43).

III.5 La Comuna 13 y el turismo: “Hospitales hace cualquiera”⁴⁹

Los Proyectos Urbanos Integrales de Medellín datan de 2004 y terminan de consumarse simbólicamente con la instalación de escaleras mecánicas en los cerros de San Javier sobre los que se asienta la Comuna 13 de Medellín.⁵⁰ El contraste entre esas escaleras y el entorno es altísimo y vuelve perfectamente reconocible el proceso de formalización de la vida cotidiana que hemos venido rastreando desde los inicios del siglo XX. Diríase que los fuertes y encontrados sentimientos corporales de justicia, que crecían violentamente en la Comuna 13, procuran ser reencauzados en clave sistémica. Como si el diseño hubiera llegado por fin a su fuente, a sus condiciones mismas de posibilidad y se viera en la disyuntiva de, o bien transformarla quitándole su potencia generatriz, o bien dejar que todo sea invadido por su potencia. Las escaleras mecánicas resultan un símbolo perfecto de esa tensión. Una vez más, estamos ante el ritual de la serpiente, una de las fórmulas de paso (*Pathosformeln*) según las cuales, mostraba Aby Warburg (2008), todas las cosas pasan y perseveran a la vez.

Las escaleras mecánicas de la Comuna 13 son una invención que surge de la combinación de dos imágenes: la solución para el transporte de basura de las Comunas y la solución para el transporte de turistas en el Parc Güell de Barcelona. Colegios, hospitales o parques hace cualquiera, le dijo el ingeniero César Augusto Hernández al alcalde electo Alonso Salazar (ver nota 50). La clave es generar comunicación, nuevos modos de habitabilidad: turistas. El turismo es el modo de subjetivación que se corresponde con el

49. “Le dije también que cualquier alcalde hacía colegios, hospitales o parques, pero que él podría hacer algo inédito que rompiera la composición social y la reconstruyera, reduciendo la violencia y entregándole a la comuna una obra que le hiciera sentir lo que quizá nunca antes habían sentido: orgullo” (entrevista al ingeniero César Augusto Hernández, “El hombre que sembró una escalera mecánica en la Comuna 13”, <https://www.kienyke.com/historias/el-hombre-que-sembró-una-escalera-electrica-en-la-comuna-13>).

50. <https://www.plataformaarquitectura.cl/cl/925471/sobre-el-cerro-a-cielo-abierto-historia-de-un-barrio-popular-y-sus-escaleras-electricas>

entusiasmo o valor generados en clave de entretenimiento posfuncional. Si bien la formación subjetiva “turista” existe desde fines del siglo XIX, recién con el Plan Luhmann alcanza la concretización de su esencia serial y el protagonismo que le conocemos. Existe un modo turístico y serial de habitar el mundo, se viaje poco o mucho o incluso nada. Existe una cultura turística como alguna vez existió una cultura rock. Más aún, quizás al día de hoy el modo predominante de concebir subjetivamente toda cultura sea el turístico; mientras que, objetivamente, toda cultura tiende a ser concebida como entretenimiento en serie o como “serie” a secas. De allí que el proyecto de urbanización de la Comuna 13 implique, también, un proceso de entretenimiento (la objetivación contemporánea) a los efectos de hacerla apta para el turismo serial: *cozy favela*.

Combinadas con terrazas y pasarelas, las escaleras mecánicas, además de un medio de transporte de sus habitantes, se transformaron en un medio de generación (y transporte) de turismo. Con sus vistas y su potencial cultural plasmado en el *graffiti-tour*, las escaleras devolvieron, al decir del ingeniero Hernández, el orgullo a la Comuna 13 (ver nota 50) y procesaron los sentimientos de justicia hasta hacerlos transportables por sus pasarelas y escaleras mecánicas. A fuerza de sangre e ideas, el ojo del dragón fue conquistado. Hasta nuevo aviso.

III.6 Mientras tanto en Europa: favela artificial se necesita

No por nada Sloterdijk, autor de *Reglas para un Parque Humano* y animador, como se ha visto más arriba, de una *thimótica* o “ánimo-política”, ha dedicado un artículo a Niklas Luhmann titulado “Luhmann abogado del diablo (del pecado original, el egoísmo de los sistemas y las nuevas ironías)” publicado, justamente, en un libro cuyo título indica la raigambre teológica de toda la cuestión: *Sin salvación, tras las huellas de Heidegger*.

Luhmann había planteado que todo este trabajo sobre la “periferia” no-sistémica era necesario para el mantenimiento del “centro” sistémico, una suerte de extracción de energía motivante o entusiasmante tratada y procesada para poder circular sistémicamente. Kantianamente hablando, se trata de extraer un poco de sentimiento sublime,⁵¹ un poco entusiasmo

51. Ver Kant, 2004 y 2003.

rebajado⁵² sistémicamente para evitarle sobresaltos a la Sensibilidad turística posespacial (además de postemporal o poshistórica). Ahora bien, todo este proceso tiende necesariamente a su saturación por lo que el nuevo desafío al que hace mención el film citado al arranque de este apartado radica en una suerte de “favelización de Europa”. Hasta donde este apartado alcanza a vislumbrar, se trataría de buscar en Latinoamérica no solo cultura/entusiasmo, sino también inspiración. Se trataría de generar un régimen de atención latinoamericano para Europa. Enfocar los problemas parisinos, por ejemplo, como si fueran problemas de las comunas de Medellín. Favelizar la atención. Corporalizar a las personas. Sexualizar los sistemas. El proceso ya habría comenzado. Basta con la existencia del film mencionado para comprenderlo, pero también con la oleada de difusión masiva de la que ha sido objeto la escuela Bauhaus por parte del Estado alemán a partir de los 100 años de su fundación.

Ahora bien, si una interpretación del mundo en clave Bauhaus puede haber sido y también ser necesaria para Europa, cabe reconocer que algo subsiste y persiste que nos toca interpretar en clave latinoamericana, máxime teniendo en cuenta que parece ser esa misma clave interpretativa la que comienza a ser generada artificialmente en Europa. Como alguna vez con el caucho sintético, hoy día se busca una atención latinoamericana sintética. No podemos depender del caucho ni de nuestro régimen de atención (ni tampoco del litio). Es por ello que, asumiendo el riesgo aporético que conlleva, debiéramos procurar atendernos a nosotros mismos, fomentar nuestro propio autoconocimiento, eventualmente nuestra propia síntesis. La cuestión, por cierto, dista de ser novedosa. Quizás quedó plasmada de modo originario y definitivo en estas líneas del *Facundo* de Domingo Faustino Sarmiento:

“A la América del Sur en general, y a la República Argentina sobre todo, le ha hecho falta un Tocqueville, que, premunido del

52. “El entusiasmo histórico-político está pues al borde de la demencia, es un acceso patológico y, como tal, no tiene en sí mismo validez ética puesto que la ética exige la liberación de todo *pathos* motivador; la ética sólo permite ese *pathos* apático que acompaña a la obligación y que es el respeto, si no se trata ya de la *Affektlosigkeit* [perdición afectiva] demasiado sublime...”. “Sin embargo, el *pathos* entusiasta en su desencadenarse episódico conserva una validez estética, es un signo energético, un tensor del *Wunsch* [deseo]” (Lyotard, 1987, p. 73).

conocimiento de las teorías sociales, como el viajero científico de barómetros, octantes y brújulas, viniera a penetrar en el interior de nuestra vida política, como en un campo vastísimo y aún no explorado ni descrito por la ciencia, y revelase a la Europa, a la Francia, tan ávida de fases nuevas en la vida de las diversas porciones de la humanidad, este nuevo modo de ser, que no tiene antecedentes bien marcados y conocidos.

[...]

Por esto nos es necesario detenernos en los detalles de la vida interior del pueblo argentino, para comprender su ideal, su personificación.

Sin estos antecedentes, nadie comprenderá a Facundo Quiroga, como nadie, a mi juicio, ha comprendido, todavía, al inmortal Bolívar, por la incompetencia de los biógrafos que han trazado el cuadro de su vida. En la Enciclopedia Nueva he leído un brillante trabajo sobre el general Bolívar, en el que se hace a aquel caudillo americano toda la justicia que merece por sus talentos y por su genio; pero en esta biografía, como en todas las otras que de él se han escrito, he visto al general europeo, los mariscales del Imperio, un Napoleón menos colosal; pero no he visto al caudillo americano, al jefe de un levantamiento de las masas; veo el remedo de la Europa, y nada que me revele la América.

Colombia tiene llanos, vida pastoril, vida bárbara, americana pura, y de ahí partió el gran Bolívar; de aquel barro hizo su glorioso edificio. ¿Cómo es, pues, que su biografía lo asemeja a cualquier general europeo de esclarecidas prendas? Es que las preocupaciones clásicas europeas del escritor desfiguran al héroe, a quien quitan el poncho para presentarlo desde el primer día con el frac, ni más ni menos como los litógrafos de Buenos Aires han pintado a Facundo con casaca de solapas, creyendo impropia su chaqueta, que nunca abandonó. Bien: han hecho un general, pero Facundo desaparece” (2011, pp. 24-25 y 31-32).

Desde entonces, la lucha interpretativa entre civilización, *Kultur* (Maldonado, 2002) y barbarie continúa. El *pathos* de la Bauhaus sobre el que aquí llamamos la atención en clave de *performance* jurisprudencial, e incluso ultrajurídica, es uno entre otros tantos que conforman la trama

jurisprudenciaría del mundo contemporáneo atestado de potenciales valorativos metrologizados, que solo esperan un gesto de atención mecanológica y, aunque sea, un poco de lo que Miguel Morey (2018) anuncia como prosa del pensamiento.

Bibliografía

Parte I

- Aguirre, Gonzalo S., “Normatividad entre esteticidad y tecnicidad según Simondon: hacia una Estética del Derecho como Mecanología de la norma jurídica”, en *Revista ARS*, N° 35, Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais da Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, mai 2019, pp. 19-42, ISSN 2178-0047. <https://www.revistas.usp.br/ars/article/view/152462>.
- “La escuela Bauhaus”, en *Cartografías do sensível. Estética e subjetivação na contemporaneidade*, Cynthia Farina y Carla Rodrigues (CEFET–Rio Grande do Sul) compiladoras, Avangraf, Porto Alegre, 2009, pp. 25-34, N° total: 135.
- Aguirre, Gonzalo et Ortiz Maldonado, Natalia, “The birth of techno-logos: the writing of Simondon as a techno-aesthetic object”, *Philosophy Today – An International Journal of Contemporary Philosophy*, Vol. 63, Issue 3, DePaul University, Chicago, USA, online desde 14 noviembre 2019, pp. 601-609.
- Argan, Carlo Giulio, *Gropius y la Bauhaus*, Abada, Madrid, 2006.
- Colli, Giorgio, *Filosofía de la expresión*, Siruela, Madrid, 1996, traducción Miguel Morey.
- Deleuze, Gilles, *Empirismo y subjetividad*, Gedisa, Barcelona, 2007.
- González Monzón, Alejandro; Luna, Diego (comp.), *Estudios sobre teoría pura del derecho y teoría egológica del derecho: 70° aniversario del debate entre Hans Kelsen y Carlos Cossio*, La Ley, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2022.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trotta, Madrid, 2011.
- Latour, Bruno, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d’État*, Ed. La Découverte, Paris, 2004.
- Nietzsche, Friedrich, *Crepúsculo de los ídolos*, Alianza, Madrid, 1993.

- *Humano, demasiado humano I*, Akal, Madrid, 2001.
- Simondon, Gilbert, *El modo de existencia de los objetos técnicos*, Prometeo, Buenos Aires, 2007.
- *Imaginación e invención*, Cactus, Buenos Aires, 2013.
- *La individuación a la luz de las nociones de forma e información*, Cactus, Buenos Aires, 2015.
- *Sobre la filosofía*, Cactus, Buenos Aires, 2018.
- Spinoza, Baruch, *Ética demostrada según orden geométrico*, Trotta, Madrid, 2020.
- Stengers, Isabelle (entrevista con Laurent de Sutter), “¿Es posible una práctica cosmopolítica del derecho?”, 2021, traducción Aguirre, Gonzalo y Muracciole, Maura, disponible en <https://editorialcactus.com.ar/blog/es-posible-una-practica-cosmopolitica-del-derecho/>

Parte II

- Aguirre, Gonzalo, “Normatividad entre esteticidad y tecnicidad según Simondon: hacia una Estética del Derecho como Mecanología de las normas jurídicas”, en *Revista ARS*, N° 35, Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais da Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, mayo 2019, pp. 19-42: <https://www.revistas.usp.br/ars/article/view/152462>
- “El arte como función jurídica y el derecho como ficción científica: apogemas de una estética ultrajurídica”, presentación en las VIII Interescuelas del Derecho, septiembre 2022, <https://interescuelas.files.wordpress.com/2022/09/aguirre-gonzalo-1.pdf>
- “Nietzsche ultrajurídico: el Estado como obra de arte y la música como política pública”, conferencia en las Jornadas Internacionales “Nietzsche nos pampas”, Unisinos, Porto Alegre, agosto 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=z2VzdwI2Ues>
- Burckhardt, Jacob, *La cultura del Renacimiento en Italia*, Edaf, Madrid, 1982.
- Cossio, Carlos, *La teoría egológica y el concepto jurídico de libertad*, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.
- Deleuze, Gilles y Guattari, Félix, *¿Qué es la filosofía?*, Anagrama, Barcelona, 1995.
- Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003.

- Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Losada, Buenos Aires, 1992, y FCE, Buenos Aires, 2009.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. 1ª edición, Trotta, Madrid, 2011.
- *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1946.
- *Una teoría fenomenológica del diritto*, a cura di Giuliana Stampa, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1990.
- “Validez y eficacia del derecho”, en *idem*, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- Lagi, Sara, *El pensamiento político de Kelsen (1911-1920). Los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.
- Nietzsche, Friedrich, *Aurora*, Alba, Barcelona, 1999.
- Sfez, Gérald, *Liotard. La parte civil*, Jusbaire, Buenos Aires, 2021.
- Shapin, Steven y Schaffer, Simon, *El Leviatán y la bomba de vacío. Hobbes, Boyle y la vida experimental*, Universidad Nacional de Quilmes, 2005.
- Simondon, Gilbert, “Las enciclopedias y el espíritu enciclopédico (1950)”, en *Sobre la filosofía*, Cactus, Buenos Aires, 2018.
- *El modo de existencia de los objetos técnicos*, Prometeo, Buenos Aires, 2007.
- *Hans Kelsen und die Bundesverfassung. Geschichte einer josefstädter Karriere*, Bezirksmuseum, Viena, 2011.

Parte III

- Agamben, Giorgio, *El tiempo que resta. Carta a los romanos*, Trotta, Madrid, 2006.
- Aguirre, Gonzalo S., “Lectura transductiva y educación entre Bildung, Instrucción y Gestaltung. Una reflexión latinoamericana”, en *Revista de Educação pública. Modos de ‘ler-escrever’ em meio à vida*, N° 56, Cuiabá, mayo-agosto 2015, pp. 333-350.
- “Simondon como educador: una lectura transductiva en clave latinoamericana”, en Blanco, Parente, Rodríguez, Vaccari (coords.), *Amar a las máquinas. Cultura y técnica en Gilbert Simondon*, Prometeo, Buenos Aires, 2015.
- “La escuela Bauhaus”, en *Cartografias do sensível. Estética e subjetivação na contemporaneidade*, Cynthia Farina y Carla Rodrigues (CEFET-Rio

- Grande do Sul) compiladoras, Avangraf, Porto Alegre, 2009, pp. 25-34, N° total: 135, ISBN: 978-85-308-0897-6.
- “El drama del derecho y el fin de la literatura”, en Aguirre/Kessel (comps.), *Juicio, proceso y drama. Ensayos sobre Estética y Filosofía del Derecho*, Aldina, Buenos Aires, 2017.
- “Perspektivismus y caso Wagner. Planteo de la pregunta nietzscheana ‘¿qué mundo ha quedado?’”, en Morey, Paponi, Uicich, Ulm, Benvenuto, Aguirre, *Ese Nietzsche*, Galería Fedro, Salta, 2014.
- Aguirre, Gonzalo et Kessel, Christian, *Transdiscourse. Towards an Aesthetics of Law*, Daniela Gandorfer, Cecilia Gebruers y Peter Goodrich (eds.), *Research Handbook in Law and Literature*, Edward Elgar Ed., London, ISBN: 978-1-83910-225-7, 2022.
- Argan, Giulio Carlo, *Walter Gropius y la Bauhaus*, Abada, Madrid, 2006.
- De Sutter, Laurent, *Deleuze y la práctica del derecho*, Jusbaire, Buenos Aires, 2015.
- Deleuze, Gilles, “Control y devenir”, con Toni Negri, en *Conversaciones, Pre-textos*, Valencia, 2006.
- Koselleck, Reinhart, “Sobre la estructura antropológica y semántica de la Bildung”, en *Historias de conceptos*, Trotta, Madrid, 2012.
- Kant, Immanuel, *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime*, FCE, UNAM, México, 2004.
- “Replanteamiento de la pregunta sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor”, en “El conflicto de la facultad filosófica con la jurídica”, segunda parte de *El conflicto de las facultades*, Alianza, Madrid, 2003.
- Lagi, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.
- Loos, Adolf, *Ornamento y delito. Y otros escritos*, Gustavo Gili Editor, Barcelona, 1980.
- Luhmann, Niklas, “Intervención inaugural”, en *Revista de Sociología* N° 10, Facultad de Cs. Sociales, Universidad de Chile, 1996.
- Liotard, J-F, *El entusiasmo. Crítica kantiana de la historia*, Gedisa, Barcelona, 1987.
- Maldonado, Tomás (comp.), *Técnica y Cultura. El debate alemán entre Bismarck y Weimar*, Infinito, Buenos Aires, 2002.

- Moholy-Nagy, László, *La nueva visión. Principios básicos del Bauhaus*, Infinito, Buenos Aires, 2008.
- Morey, Miguel, “De la conversación ideal”, en *Pequeñas doctrinas de la soledad*, Sexto Piso, México, 2007.
- “Traducir los Pequeños tratados de Pascal Quignard”, en *Revista El Cuaderno*, Trea Ediciones, Gijón, marzo 2018; <https://elcuadernodigital.com/2018/03/20/en-torno-a-pascal-quignard/>
- Nietzsche, Friedrich, *Humano, demasiado humano*, Vol. I, Akal, Madrid, 2007.
- “Utilidad e inconvenientes de la Historia para la vida (segunda consideración intempestiva)”, en *Antología*, Península, Barcelona, 1988.
- Santos de Miranda, Danilo (director del Sesc Pompeia), *Guia da exposição “Bauhaus Imaginista: Aprendizados Recíprocos”*, São Paulo, 25 octubre 2018–6 enero 2019.
- Sarmiento, Domingo Faustino, *Facundo*, Eudeba, Buenos Aires, 2011.
- Simondon, Gilbert, *La individuación a la luz de las nociones de forma e información*, Cactus, Buenos Aires, 2015.
- Sloterdijk, Peter “El mundo thimótico. Orgullo y guerra”, en *Ira y tiempo*, Siruela, Madrid, 2010.
- *Sin salvación, tras las huellas de Heidegger*, Akal, Madrid, 2001.
- Valéry, Paul, “Préface aux ‘Lettres persanes’ de Montesquieu” dans *Ouvres I*, Gallimard, Paris, 1957.
- Warburg, Aby, *El ritual de la serpiente*, Sexto Piso, Madrid, 2008.
- Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Prometeo, Buenos Aires, 2008.
- *La ciencia como profesión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2020.
- Wick, Rainer, *Pedagogía de la Bauhaus*, Alianza Forma, Madrid, 2012.
- *Hans Kelsen und die Bundesverfassung. Geschichte einer Josefstädter Karriere*, Katalog N° 17, Museum Josefstadt, Viena, 2011.

Filmografía

- Bolbrinker, Niels y Tielsch, Thomas *Von Bauen der Zukunft–100 Jahre Bauhaus (Bauhaus spirit–100 years of Bauhaus; o también “De la construcción del futuro–100 años de la Bauhaus”)*.

Genocidio o crímenes de lesa humanidad en el caso argentino. A propósito del fallo de la Cámara Federal de Casación sobre el Juicio “Fuerza de Tareas 5” del TOF 1 de La Plata

Valeria Thus y Daniel Gonzalez Stier***

Resumen

El debate social, político y jurídico sobre la calificación legal de los crímenes cometidos por la dictadura cívico-militar llegó a la Cámara Federal de Casación Penal. El tribunal, por mayoría, decidió que los hechos deben ser calificados como crímenes de lesa humanidad y descartó la calificación de genocidio. En este artículo proponemos un recorrido por los fundamentos de la mayoría y de la disidencia e indagamos sobre los alcances sociales y políticos de la sentencia.

* Doctora en Derecho Penal, Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Especialista en Derecho Penal (UBA). Cursa el posdoctorado en derecho penal en la Facultad de Derecho (UBA); Docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología; integra el Grupo de Estudios Críticos en Política, Derecho y Sociedad (PoDeS)–IIGG-GIOJA; es codirectora del Proyecto DECyT “Negacionismo y Derecho Penal” (2020/2022); coordina el Programa Justicia y Memoria y el seminario “Los/las estudiantes vamos a los Juicios” de la Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil, FDer-UBA; vthus@derecho.uba.ar.

** Abogado y Magíster en Derechos Humanos y Sistemas Penales Internacionales (UBA). Profesor adjunto (i) en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Defensor General adjunto del departamento judicial Quilmes, provincia de Buenos Aires; dgonzalezstier@derecho.uba.ar.

Palabras clave: genocidio, crímenes de Lesa Humanidad, dictadura, justicia transicional, imprescriptibilidad, realización simbólica del genocidio, negacionismo.

Genocide or Crimes Against Humanity in the Argentinian Case. Regarding the Ruling of the Federal Chamber of Criminal Cassation in the Case “Task Force 5”

Abstract

The social, political and legal debate on the legal classification of the crimes committed by the Argentinian dictatorship reached the Federal Chamber of Criminal Cassation. The court ruled, by majority, that the conducted should be classified as crimes against humanity rather than as genocide. In this paper we review the reasoning of the majority and of the minority and analyze the social and political impact of the sentence.

Keywords: Genocide, Crimes Against Humanity, Dictatorship, Transitional Justice, Non-Statutori Limitations, Genocide’s Symbolic Enactment, Denial.

I. Introducción

El 21 de diciembre de 2015, el Tribunal Oral Federal N° 1 de La Plata juzgó el caso conocido como “Fuerza de Tareas 5” y resolvió condenar a Antonio Vañek, a Juan Carlos Herzberg, a Jorge Alberto Errecaborde, a José Casimiro Fernández Carró, a Roberto Eduardo Fernando Guitián, a Carlos José Ramón Schaller, a Luis Rocca y a Eduardo Antonio Meza como coautores del “delito internacional de genocidio”.

Las defensas de los condenados cuestionaron, entre otros planteos, la calificación de los hechos como constitutivos del “delito internacional de genocidio”.

El caso llegó a la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal y, el 11 de julio de 2022, ese tribunal decidió, por mayoría, modificar la calificación legal y establecer que se trató de crímenes de lesa humanidad.

El juez Alejandro Slokar votó por mantener la calificación de genocidio, mientras que los jueces Yacobucci y Mahiques fueron quienes propusieron la calificación de crímenes de lesa humanidad.

En este artículo nos proponemos describir los fundamentos que cada juez integrante del tribunal ha dado para sostener su postura y analizarlos en el contexto del camino de memoria, verdad y justicia que ha recorrido la sociedad argentina desde la restauración democrática de 1983.

Para llegar hasta ese punto formularemos una breve descripción de los momentos históricos vinculados a la construcción de la memoria histórica, social y política de los hechos, y de la evolución jurídica de los tipos penales en juego: genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Finalmente propondremos un abordaje de la sentencia por fuera del ámbito estrictamente normativo para ingresar en la dimensión sociológica, es decir, analizaremos cómo aquella repercute sobre el contexto y los debates actuales en torno a la realización simbólica del genocidio.

Para llegar hasta ese punto se ponen en juego dos cuestiones:

¿Puede el derecho ser analizado y escrito como un ámbito ajeno y externo a las ciencias sociales y a la política? ¿Cuáles son las consecuencias de las decisiones jurídicas sobre el entorno social y político?

A. El proceso de juzgamiento de los crímenes de Estado en nuestro país

Durante el régimen militar dictatorial que rigió al Estado argentino entre marzo de 1976 y diciembre de 1983 “... existió una metodología represiva concebida para producir actos y situaciones (... secuenciados en...) *secuestro–desaparición–tortura...*”¹

Desde el final de la última dictadura en la República Argentina, la sociedad ha demostrado en forma constante un deseo mayoritario respecto de las consecuencias de los crímenes que se cometieron en aquel contexto y que se traduce en la fórmula de “memoria, verdad y justicia”. Sin embargo, ese deseo no siempre fue acompañado por los gobiernos que se sucedieron desde entonces.

1. *Nunca más*. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). 8ª edición, 3ª reimpresión. Buenos Aires, Eudeba. 2011, p. 19.

La primera decisión trascendente en el camino de memoria, verdad y justicia fue el resultado de las elecciones presidenciales de 1983. Allí resultó electo Raúl Alfonsín, quien, durante la campaña, había prometido que anularía las pretensiones de amnistía expresadas por el gobierno militar a través del Decreto/Ley 22.924 que el gobierno militar llamó “Ley de Pacificación Nacional”.

Desde ese entonces, el retorno a la democracia implicó la adopción de una serie de medidas destinadas a investigar la verdad de los hechos y a someter a los responsables ante el sistema judicial.

Ejemplo de esas medidas fueron la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas,² la derogación y nulidad absoluta del “decreto de autoamnistía” que el gobierno militar había llamado “Ley de Pacificación Nacional”,³ la sanción y promulgación de la Ley de Defensa de la Democracia⁴ y la promoción de los juicios penales contra los responsables por los crímenes cometidos desde el aparato estatal⁵ y por parte de grupos armados no vinculados al Estado.⁶

Sin embargo, ese impulso inicial por verdad y justicia se resintió entre 1986 y 1987 a partir de la presión ejercida por las fuerzas armadas, con la sanción de las llamadas “leyes de impunidad”.⁷

Esa impunidad terminó de configurarse entre 1989 y 1990 cuando el entonces presidente Carlos Menem indultó a los miembros de las Fuerzas Armadas, de los grupos armados opositores y a quienes se levantaron en armas contra el gobierno democrático del anterior presidente, Raúl Alfonsín.⁸

La impunidad obligó a la intensificación de la militancia de las asociaciones y organizaciones de promoción y defensa de los Derechos Humanos.

2. Decreto Presidencial 187/83.

3. Ley 23.040.

4. Ley 23.077.

5. Decreto Presidencial 158/83.

6. Decreto Presidencial 157/83.

7. Ley 23.492 (Punto Final), promulgada el 24 de diciembre de 1986, y Ley 23.521 (Obediencia Debida), promulgada el 8 de junio de 1987.

8. Decretos 1002/89, 1003/89, 1004/89 y 1005/89, todos del 6 de octubre de 1989; y decretos 2741/90, 2742/90, 2743/90, 2744/90, 2745/90 y 2746/90, todos del 29 de diciembre de 1990.

Así como durante la propia dictadura formularon denuncias de lo que estaba sucediendo en nuestro país –lo que motivó la visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1979–, durante la década de los años 90 acudieron a las instancias internacionales debido a la negación de justicia en el plano nacional.

En efecto, durante esa década cobraron mayor relevancia las movilizaciones populares y los reclamos ante instancias internacionales de promoción y protección de los Derechos Humanos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el caso argentino y, con base en lo dispuesto por la Corte I.D.H. en su primer caso contencioso,⁹ concluyó que las leyes y decretos de impunidad son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese marco, recomendó al gobierno argentino la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar.¹⁰

La recomendación de la Comisión sirvió de base para el impulso de denuncias a nivel nacional. La primera de esas denuncias fue presentada en julio de 1995 por Emilio Mignone, quien “... solicitó a la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y lo Correccional de la Capital Federal (aun ante la imposibilidad de sostener una acusación o de obtener castigo) que investigara los hechos vinculados con la desaparición de su hija. La Cámara accedió a la petición y dispuso una serie de medidas por las cuales solicitaba información a dependencias militares y ordenaba la presentación de militares a brindar testimonio, reconociendo en los hechos el derecho de los familiares a conocer la verdad”.¹¹

9. CtIDH. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.

10. CIDH. Informe 28/92, del 12 de marzo de 1993.

11. E. Andriotti Romanin, “Decir la verdad, hacer justicia: Los Juicios por la Verdad en Argentina”, en *European Review of Latin American and Caribbean Studies*. No. 94 (2013) April, pp. 5-23. Disponible en <https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/3304/8389-14060-1-PB.pdf?sequence=4&isAllowed=y> y consultado el 17 de septiembre de 2022.

Si bien esa denuncia no arrojó resultados favorables, motivó la realización de nuevas denuncias, entre ellas la de Carmen Aguiar de Lapacó, quien solicitaba conocer las condiciones de desaparición de su hija en el marco la investigación de hechos ocurridos en la jurisdicción del I Cuerpo del Ejército (específicamente en el centro de detención conocido como “Club Atlético”).¹² La falta de respuestas llevó el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el rechazo del recurso presentado ante esa instancia habilitó la presentación de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que finalizó en un acuerdo de solución amistosa en el que el Estado argentino aceptó y garantizó “el derecho a la verdad que consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas. Es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible”.¹³

El caso dio origen a una nueva forma de “justicia” que, impedida de juzgar a los responsables, buscaba, al menos, investigar la verdad sobre lo ocurrido: los Juicios por la Verdad. El primero de ellos se llevó a cabo a partir del mes de abril de 1998 en la ciudad de La Plata, con el objetivo de conocer “el qué, cómo, cuándo, dónde, [y] por quién de cada violación a los derechos humanos”.¹⁴

La realización de los Juicios por la Verdad fue un avance importante en la lucha por la memoria y la verdad, pero la realización del valor justicia quedaba supeditada a la posibilidad de que los responsables sean efectivamente juzgados.

El siglo XXI trajo nuevos aires y, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”¹⁵ y la relevancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema

12. *Idem*.

13. CIDH. Informe N° 21/00 del 29 de febrero de 2000. *Caso 12.059 Carmen Aguiar de Lapacó v. Argentina*, punto 17.

14. H. Verbitsky, “El camino de la verdad”, en *Revista Puentes*, La Plata, Comisión Provincial por la Memoria, N° 1, agosto de 2000, p. 34. Citado por E. Andriotti Romanin en “Decir la verdad, hacer justicia: Los Juicios por la Verdad en Argentina”, en *European Review of Latin American and Caribbean Studies*. No. 94 (2013), April, pp. 5-23.

15. CtIDH. Sentencia de fondo del 14 de marzo de 200, Serie C No. 75. *Barrios Altos Vs. Perú*.

jurídico argentino desde la reforma constitucional de 1994,¹⁶ se hicieron planteos de inconstitucionalidad de las leyes de “obediencia debida” y de “punto final” que comenzaron a tener recepción favorable en el sistema judicial. Además, en el año 2003 el Congreso Nacional declaró la nulidad insanable de esas leyes¹⁷ y le otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.¹⁸

La cuestión de la prescripción de los crímenes cometidos por el gobierno durante la dictadura llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que recurrió a los principios y las fuentes del Derecho Internacional para calificar los hechos como constitutivos de crímenes internacionales y descartar la posibilidad de la prescripción.¹⁹

Más tarde, en el año 2005, también la Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló judicialmente la nulidad de las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”, en el caso “Simón”.²⁰

Por último, en 2007, la Corte Suprema de Justicia se expidió sobre la inconstitucionalidad de los indultos.²¹

La decisión de calificar los hechos como constitutivos de crímenes internacionales (más precisamente como crímenes de lesa humanidad) originó un debate social y político que llegó a los tribunales: ¿es correcta la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad? ¿O se trató de un genocidio?

16. Constitución Nacional, artículo 75.22.

17. Ley 25.779.

18. Ley 25.778.

19. CSJN. Sentencia del 24 de agosto de 2004. *Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros.*

20. CSJN. Sentencia del 14 de junio de 2005. S. 1767. XXXVIII. *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768C.*

21. CSJN. Sentencia del 13 de julio de 2007. *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad.*

Esta distinción se reflejó en manifestaciones y discusiones públicas, consignas sociales y políticas y, también, en el ámbito judicial, donde los tribunales se distinguen entre quienes se alinearon con una u otra postura.²²

La parte jurídica del debate llegó recientemente al tribunal penal de mayor jerarquía del país: la Cámara Federal de Casación Penal.

El 21 de diciembre de 2015, el Tribunal Oral Federal N° 1 de La Plata juzgó el caso conocido como “Fuerza de Tareas 5” y resolvió condenar a Antonio Vañek, Juan Carlos Herzberg, Jorge Alberto Errecaborde, José Casimiro Fernández Carró, Roberto Eduardo Fernando Guitián, Carlos José Ramón Schaller, Luis Rocca y Eduardo Antonio Meza como coautores del “delito internacional de genocidio”.

Las defensas de los condenados cuestionaron, entre otros planteos, la calificación de los hechos como constitutivos del “delito internacional de genocidio” y la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal decidió, por mayoría, modificar la calificación legal y establecer que se trató de crímenes de lesa humanidad.

El juez Alejandro Slokar votó por mantener la calificación de genocidio, mientras que los jueces Yacobucci y Mahiques fueron quienes propusieron la calificación de crímenes de lesa humanidad.

II. Genocidio o Crímenes de lesa humanidad

A. Aportes conceptuales

Antes de exponer las cuestiones más relevantes de la resolución sobre la distinción entre el crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, corresponde efectuar un repaso rápido sobre sus definiciones.

El concepto de “genocidio” fue concebido por Raphaël Lemkin en 1944 a partir de la conjunción de la palabra de origen griego *genos* –raza o tribu– y la del latín *cide* (o su conjugación *caedere*) –muerte–, que podría traducirse como la muerte de una raza o una tribu.

22. D. Feierstein y M. Silveyra, “Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado”, en *Estudios de Derecho*, vol. 77, N° 170, 2020, Universidad de Antioquía. Disponible en <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a01>, consultado el 17 de septiembre de 2022.

Lemkin llegó a su primera definición de genocidio como “... un plan coordinado de diferentes acciones cuyo objetivo es la destrucción de las bases esenciales de la vida de grupos de ciudadanos, con el propósito de aniquilar a los grupos mismos. Los objetivos de un plan semejante serían la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, del lenguaje, de los sentimientos de patriotismo, de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad, la libertad, salud y dignidad personales e incluso de las vidas de los individuos que pertenecen a dichos grupos. El genocidio se dirige contra el grupo nacional como una entidad, y las acciones involucradas se dirigen contra los individuos, no en su capacidad de individuos, sino como miembros del grupo nacional”.²³

Las definiciones de Lemkin, a partir de sus gestiones ante los incipientes sistemas de derecho internacional creados con la fundación de la Organización de las Naciones Unidas, lograron, primero, que la palabra genocidio fuera utilizada en el acta de acusación del juicio de Nuremberg a los jerarcas nazis (aunque no fue utilizada en la sentencia) y, finalmente, un reflejo normativo en la resolución 96 (i) de la Asamblea General que determinó que el genocidio “... es la negación del derecho a la existencia a grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida a seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad a partir de las contribuciones culturales y de otros tipos que representan esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y a los objetivos de las Naciones Unidas. Muchos de estos delitos de genocidio han ocurrido ante la aniquilación, total o parcial, de grupos raciales, religiosos, políticos y otros. La represión del delito de genocidio es un tema de índole internacional. Por ello, la Asamblea General afirma que el genocidio es un delito según el derecho internacional, reprochable para el mundo civilizado y por el cual sus autores y cómplices –ya sean individuos particulares, funcionarios públicos o gobernantes, y ya sea que el delito tenga una fundamentación religiosa, racial, política y otra– son pasibles de sanción”.²⁴

23. R. Lemkin, *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Caseros, Prometeo Libros, 2009, p. 153.

24. F. Chalk y K. Jonassohn, *Historia y sociología del genocidio. Análisis y estudio de casos*. Traducido por Carla Scotta, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010, p. 31.

Esa definición sirvió de base para lograr la dada en el artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de genocidio, adoptada por la Asamblea General (ONU) el 9 de diciembre de 1948, en la que se decidió que

“Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Esta última definición del crimen de genocidio permanece inalterable desde entonces y fue replicada en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, además de reflejarse en el artículo 6 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

De allí se desprende que el genocidio no se configura solamente a través de las conductas criminales detalladas del punto “a” al “e” sino que se define a partir de la intención del autor: cualquiera de esas acciones debe tener por finalidad la destrucción total o parcial de uno de los grupos establecidos.

En síntesis, el elemento relevante es la intención.

Respecto de los crímenes de lesa humanidad, por su parte, nacieron en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, donde se denominaron “crímenes contra la humanidad” y se definieron como “el asesinato, exterminio, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”.

Luego, la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas formuló los “Principios de Derecho Internacional

reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg²⁵ en los que se determinó que los crímenes contra la humanidad son punibles como delitos de derecho internacional y que consisten en “El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él”.²⁶

Posteriormente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia²⁷ estableció que los crímenes de lesa humanidad consisten en “... (los) crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.

Al año siguiente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda²⁸ también modificó los alcances de la definición y excluyó el elemento contextual del conflicto armado al definir a los crímenes de lesa humanidad como “... los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.

Finalmente, la definición actual de los crímenes de lesa humanidad es la que se desprende del artículo 7 del Estatuto de Roma que previó la creación de la Corte Penal Internacional:²⁹

25. Del 31 de diciembre de 1950.

26. Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Principio VI.c.

27. Adoptado por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas a través de la Resolución 827, del 25 de mayo de 1993.

28. Adoptado por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas a través de la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994.

29. Firmado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1º de julio de 2002.

“Se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

En este caso las conductas que pueden configurar un crimen de lesa humanidad son mucho más amplias que las de la definición de genocidio, pero solo podrán ser calificadas como crímenes de lesa humanidad si se ejecutan en el marco del contexto señalado en la primera parte de la definición: un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de ese ataque. En síntesis, el elemento relevante es el contexto en el que se desarrollan las conductas.

B. La sentencia de la Cámara de Casación

Fijados, entonces, los alcances de las definiciones de cada uno de los crímenes, en los párrafos siguientes se expondrán las cuestiones relevantes del caso sobre la postura de cada uno de los jueces respecto de la distinción entre genocidio y crímenes de lesa humanidad, para facilitar su análisis posterior.

El argumento de las defensas para cuestionar la calificación de los hechos de la acusación como parte del “delito internacional de genocidio” radica en que no se habría probado el dolo específico del tipo penal.

Cabe recordar, a esta altura, que el genocidio se configura por la combinación de alguna de las acciones tipificadas y el dolo especial que consiste en la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

El primero en votar la cuestión fue el juez Alejandro Slokar, quien comenzó afirmando que “los delitos juzgados fueron cometidos en el marco del plan generalizado y sistemático de represión desplegado por el último gobierno de facto y, de esta manera, la comisión múltiple de los hechos punibles en cuestión (torturas, homicidios, privaciones ilegales de la libertad, desapariciones forzadas de personas) aparejan las imprescriptibles e imperativas obligaciones de investigación y sanción” y citó al tribunal de juicio al sostener que “Tales delitos, desplegados con propósitos ideológicos, políticos y económicos, constituyen graves violaciones a los derechos humanos, que tuvieron lugar, esencialmente, en contra de los trabajadores de las empresas situadas en las localidades de Berisso, Ensenada y en la zona de Río Santiago”.

La esencia del debate sobre la calificación legal (independientemente de los planteos de las defensas) radica en la interpretación de la extensión de los grupos identificados como posibles víctimas del delito de genocidio: nacional, étnico, racial o religioso.

La calificación de los hechos criminales cometidos por la dictadura como un genocidio encuentra fundamento en la intención de destruir (al menos parcialmente) a un grupo nacional argentino, mientras que quienes rechazan esa postura afirman que el grupo atacado debe identificarse como un grupo político que había sido expresamente excluido de la definición que prevé la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de genocidio, de 1948.

Slokar efectuó un repaso sobre el origen y la interpretación histórica de la palabra “genocidio” y señaló que los crímenes de la dictadura ya habían sido calificados de ese modo desde la primera denuncia de la Comisión Argentina de Derechos Humanos titulada “Argentina, proceso al genocidio”. También citó el Sumario 19/1997 del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de Madrid, por entonces a cargo del juez Baltasar Garzón, quien sostuvo que: “Los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas Argentinas, con sus

inspiradores civiles, planean el genocidio antes del golpe militar de marzo de 1976. La severa legislación y las amplias facultades represivas que les concede el gobierno constitucional no les alcanza para lograr lo que estimaban una solución drástica: la eliminación física del grupo nacional opositor a su ideología y a su proyecto” (Auto del 2 de noviembre de 1999). De esa misma resolución se desprende que “... si no puede eliminarse la motivación política cuando esa acción genocida es por razones étnicas o religiosas con mayor razón no puede prescindirse de la calificación como genocidio cuando la base de la acción delictiva está formada por la motivación política y el objeto de la agresión es exactamente el mismo grupo de personas (grupo nacional, al que pertenece también el agresor, como sector predominante por el uso de la fuerza), a través de los mismos medios comisivos –muertes, secuestro seguido de desaparición, torturas, agresiones sexuales, o desplazamientos forzosos– y con la misma finalidad de eliminar la discrepancia ideológica y de oposición política, que en todo caso se manifiesta en uno y otro supuestos...”.

Del texto extraído de la resolución de Garzón se desprende una separación entre la intencionalidad política del ataque (que se encuentra presente en todos los casos) y el objetivo de ese ataque: un grupo nacional, ya que “Para los perpetradores argentinos la nacionalidad como ciudadanía amplia sólo era compatible con valores ‘occidentales y cristianos’ que las órdenes secretas de aniquilamiento establecieron. Por ello la vida del grupo nacional aniquilado o afectado gravemente fue para los perpetradores indigna de ser tratada en calidad de libre e igual ante ley. Las órdenes de aniquilamiento dividieron a la población nacional entre ciudadanos dignos de serlo y otros declarados sin valor de vida, identificándoselos con el cáncer, la infiltración venenosa o con un tumor social que se hacía necesario extirpar. Los miembros de este grupo nacional quedan reducidos, por órdenes secretas de aniquilamiento en abstracto y por la experiencia concentracionaria en concreto, a grupo sacrificable al que se puede asesinar sin cometer homicidio, en beneficio de toda la sociedad y para que ésta pueda vivir”.³⁰

30. A. Alagia, “Día ‘D’ hora ‘H’: Crímenes masivos cometidos en Argentina (1976-1983) y genocidio. El caso del campo concentracionario ‘A.B.O.’”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, febrero de 2012, Ed. La Ley, pp. 81 y ss.

En este punto, Slokar no solo toma los aspectos señalados desde una visión jurídica del asunto sino que agrega fundamentos sociológicos citando a Daniel Feierstein respecto a que las prácticas genocidas resultan ser una “tecnología de poder cuyo objetivo radica en la destrucción de las relaciones sociales de autonomía y cooperación y de la identidad de una sociedad, por medio del aniquilamiento de una fracción relevante [de la misma] [...] y del uso del terror”, enfoque que, además de visibilizar la magnitud de los horrores cometidos, permite explicar el cómo, el porqué y el para qué del genocidio nacional.³¹

Ello habilita a colocar a los crímenes cometidos por la dictadura como parte de un genocidio reorganizador que define a los procesos de exterminio que, como el caso argentino, buscan transformar “las relaciones sociales hegemónicas al interior de un Estado nación preexistente”, con el objetivo de “clausurar aquellas relaciones que generan fricción o mediaciones al ejercicio del poder –contestatarias, críticas, solidarias– y reemplazarlas por una relación unidireccional con el poder”.³²

Esas circunstancias fueron probadas por el tribunal de juicio que en la sentencia dejó establecido que “el ataque a [grupos de trabajadores sindicalizados] no ha sido azaroso, sino claramente dirigido a desmembrar una estructura que se presentaba como ‘un férreo enemigo’ de cara a las finalidades económicas de los grandes grupos empresarios y al plan económico de la dictadura. Se trató de desarticular un sector obrero, organizado, con arraigada identidad como trabajadores, y alto compromiso en la defensa de la dignidad del trabajo, la industria nacional y representativos del trabajo calificado [...]. El plan represivo implementado por la dictadura cívico militar persiguió instalar un clima de terror y de disciplinamiento social que no sólo resultó imprescindible para la aplicación contemporánea y posterior de políticas socioeconómicas de desigualdad, transferencia de recursos y modificación sustancial del reparto de ingresos entre los diversos sectores sociales, sino que lo tuvo como objeto y sin ello no se entiende su propia existencia. El genocidio y su profunda tarea de desarticulación de las instituciones de pertenencia de los sectores del trabajo, a punto de desarmar el

31. D. Feierstein, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 83.

32. *Idem*, pp. 100 y 104.

entramado de relaciones de equilibrio de fuerzas y de negociación posible, tuvo como objetivo el diseño de una nueva sociedad en la que sectores enteros quedaron indefensos y disgregados frente a la concentración del poder económico traducido en único poder social efectivo, y con el respaldo abrumador del poder armado formal e informal...”.

Por todo eso, Slokar tomó la conclusión del voto mayoritario del tribunal de juicio y ratificó que se ha identificado a la represión dictatorial como “una política de exterminio focalizada sobre un grupo nacional particular con el objeto de, a través de la violencia física y la difusión del terror, lograr la reorganización del conjunto de la sociedad. El accionar represivo aparece, así, como un medio para la obtención de un fin: el martirio de los individuos en tanto parte de un colectivo determinado, socialmente significativo para los victimarios, y el exterminio de ese colectivo como instrumento para la modificación de los lazos sociales”, y destacó que el criterio en orden a que el móvil político de un ataque dirigido contra una de los grupos especialmente protegidos (*Vgr.* grupo nacional) no resulta óbice para la protección legal: “Una vez afirmado que el grupo al que se ha dirigido el ataque con fines de destrucción del mismo es uno de los protegidos en el tipo de injusto, nada impide, para mantener esa calificación, que el sujeto activo del injusto añada a su voluntad criminal un móvil político porque, en toda destrucción de cualquiera de los grupos, también los motivos políticos pueden ser componentes del propósito de exterminio”.³³

Luego Slokar señaló que el hecho de que los perpetradores y las víctimas pertenezcan al mismo grupo nacional no resulta un obstáculo para determinar que existió un genocidio. Para ello se basó en las conclusiones del Informe Whitaker sobre la prevención y la sanción del crimen de genocidio.³⁴

Para concluir, criticó a quienes excluyen la calificación como genocidio sobre la base de la identidad política de las víctimas y afirmó que “la interpretación que se limita a señalar la exclusión del ‘grupo político’ en la versión final de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de

33. M. Ollé Sesé, “El concepto de grupo nacional y grupo religioso en el crimen de genocidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7, 2016, Dialnet, pp. 161-178.

34. Preparado por el Sr. B. Whitaker en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. GE.85-12358. Parte II, B. 3.

genocidio para así descartar su aplicación a supuestos como el del presente proceso, no sólo desconoce los planteamientos *ut supra* referidos que dan cuenta de su subsunción en el ‘grupo nacional’, sino que además redundante en una discriminación negativa que niega el carácter de víctimas de genocidio a quienes son perseguidos por razones políticas (como también podrían serlo de género, identidad sexual, discapacidad u otros), lo que resulta hermenéuticamente inaceptable”.

Guillermo Yacobucci, por su parte, propuso un análisis diferente de la cuestión y lo argumenta en su visión sobre el principio de legalidad penal.

Sostuvo que, para él, los jueces que integraron la mayoría del tribunal incurrieron en una decisión confusa y arbitraria y propuso diferenciar “entre las adjetivaciones o calificaciones que puedan expresarse mediante ciertos términos dentro de la comunicación coloquial, el debate político, el etiquetamiento sociológico, el señalamiento periodístico, o la disputa agonal y el significado normativo del *nomen iuris* que la legalidad impone para calificar hechos criminales”. Y agregó que “valerse del término ‘genocidio’, o aun apuntar como ‘genocidas’ a sujetos que han llevado a cabo comportamientos de intensa crueldad y capacidad lesiva contra la vida y la integridad de las personas permite expresar el disvalor de esos actos en la dialéctica comunicativa. De esa manera, se señala una profunda contradicción con principios y valores humanos en virtud de la extensión cuantitativa y cualitativa de la afectación de los derechos fundamentales. En perspectiva semántica, ese uso resulta habilitado por su eficacia ilocucionaria en la consideración comunicativa, que no necesariamente expresa el contenido de antijuridicidad reglado por la legalidad penal y convencional del término usado”.

Concluyó, sobre ese punto, que la calificación de los hechos como “delito internacional de genocidio” constituye un uso retórico de la figura que “no solo crea inseguridad, al banalizar aspectos propios de esa elaboración conceptual, sino que, además, pone en crisis –como lógica consecuencia jurídica– el principio de legalidad, las nociones del derecho internacional y convencional y, más precisamente aún, uno de sus derivados, como es el principio de tipicidad”.

Descartó también la posibilidad de invocar referencias a la evolución de la definición del delito de genocidio (que identificó como “propuestas previas a la determinación legal alcanzada, que ampliaban la caracterización o identidad de los grupos hechas en el fallo”) ya que resultarían relevantes para el debate histórico, pero no para calificar judicialmente los hechos.

Se aferró a la sentencia del precedente “Jelisić” del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que examinó los componentes legales del crimen de genocidio tomando en cuenta solo aquellos que lo caracterizan “sin lugar a dudas” y toma del fallo del tribunal de juicio que “los grupos políticos y las motivaciones políticas ‘quedaron excluidas’ de la definición legal”.

También sostuvo que la decisión del tribunal de juicio pone en crisis el significado y la expresividad normativa del término genocidio, “solidificada a nivel internacional”.

Esencialmente cuestionó la categorización de las víctimas como identificadas bajo un “grupo nacional”. Para ello señaló que se pretendió identificar bajo el rótulo de grupo nacional a “un tramado de relaciones sociales que intenta describir como trabajadores. Primero, de una determinada zona –Ensenada, Berisso–, luego, que se extendería a todo el territorio para, finalmente, limitarlo a cierta opción política [...] cuando en verdad se señala como cómplices de los crímenes a otros integrantes de ese mismo colectivo, para lo cual distingue entre delegados gremiales de un sector –‘opositores’– y delegados de comisiones ‘oficialistas’”. Para Yacobucci esas premisas “indican la carencia de significado normativo para alcanzar la consideración de grupo nacional de esas víctimas que se vinculan entre sí por ciertas opciones políticas o sindicales de difícil generalización a la luz del objetivo que se quiere demostrar”.

Citó jurisprudencia para justificar que los grupos con identidad política resultan expresamente excluidos de la definición. Sin embargo, también reconoció la mutabilidad de la noción de los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, aunque descartó que esa circunstancia haya sido probada en el caso concreto.

A partir de ese razonamiento, remarcó que “la noción de genocidio ha quedado circunscripta a un elenco determinado y estricto de situaciones que lo caracteriza, sobre todo, respecto de otros crímenes y atrocidades contra la humanidad. Especificidad, cabe acotar, particularmente surgida de las exigencias de *mens rea* respecto de ciertos grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, ya que no todo grupo o colectivo de personas aparecen integrados al concepto de genocidio” (Cfr. por todos, *International Criminal Law and Procedure*, R. Cryer, H. Fridman, D. Robinson and E. Wilmschort, Cambridge, 2007, chapter genocide) y que “Como no se ha probado que esto suceda en los delitos aquí juzgados, la calificación de genocidio debe ser

revisada. Esto, claro está, no es óbice para entender que los injustos cuyo juzgamiento y condena están bajo análisis de esta Cámara son constitutivos de crímenes de lesa humanidad, tal como fue motivo de acusación por el Fiscal durante el juicio, y plasmado en su realización objetiva y subjetiva, como hechos probados en el fallo”.

En otro punto, resulta interesante que Yacobucci se hace cargo de la crítica respecto de que la categoría de “crímenes de lesa humanidad” no se encontraba positivizada como tal al momento de la comisión de los crímenes (al menos en los términos actuales), pero sostiene que “según actual y constante doctrina de la Corte Suprema, a la que cabe atenerse, sí se encontraba vigente en el derecho internacional (*ius cogens*) y, en virtud del art. 118 CN, ya tenía vigencia y resultaba vinculante para el ordenamiento argentino” y que, de acuerdo con el texto de la sentencia cuestionada, los hechos investigados y juzgados no resultan “sucesos aislados, sino que se inscriben y forman parte de un universo de criminalidad organizada estatal, respecto de la que se han expedido diversos tribunales del país, especialmente a partir de la Causa N° 13/84 –conocida como Juicio a las Juntas–, así como organismos locales e internacionales que bregan por la protección de los derechos humanos, coincidiendo en que la dictadura cívico-militar implementada entre los años 1976-1983, ha cometido infinidad de ilícitos que constituyen crímenes de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles”.

Por último, Carlos Mahiques acompañó el voto de Yacobucci. Descartó que los hechos juzgados puedan ser catalogados como parte de un genocidio y los calificó como crímenes de lesa humanidad.

Para ello destacó que “la diferencia entre genocidio y el resto de los crímenes mayores del derecho penal internacional, también conocidos como ‘*Core Crimes*’, radica en la ultra-intencionalidad, o el *dolus specialis*, que preside la actuación de los autores con el fin de exterminar a uno o varios, de los grupos protegidos –enumerados de forma taxativa por la norma–, de manera total o parcial” y que “mientras la característica de ‘delito internacional’ de los crímenes de lesa humanidad, de guerra o de agresión está dada por el elemento político o internacional que se encuentra en el ‘*actus reus*’, es decir, en el tipo objetivo del delito, en el caso del genocidio, ese elemento internacional está dado por la referida ultra-intencionalidad (*Mens rea*). En otros términos, que el mencionado elemento, que connota en especial a esta infracción, se desplaza de la parte objetiva a la subjetiva, justamente a través de la mentada ‘ultra-intencionalidad’”.

Y aclaró que no descarta que las víctimas pertenezcan a un “grupo nacional” pero que “lo que motivó el plan sistemático de desaparición y tortura no fue la nacionalidad de las víctimas, sino su ‘oposición al plan implementado’. Así, el ataque perpetrado desde el aparato estatal contra la población civil que acarreó la ‘destrucción parcial’ de ese ‘grupo nacional’, no estuvo dirigido contra dicha población por su pertenencia a un grupo nacional, es decir, por ser argentinos, sino por su ideología a pertenencia política”.

Destacó que la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad –y no como genocidio– “no los convierte en menos graves o aberrantes. En el campo de los delitos internacionales, no existen delitos más graves que otros por su calificación legal. Todos ellos conllevan un menoscabo a bienes jurídicos fundamentales como la paz, la dignidad humana y la seguridad internacional. En todo caso la ‘mayor gravedad’ de los hechos en sucesos de esas proporciones dependerá de sus circunstancias y características, y no de su calificación legal”.

Y concluyó que “por no tratarse de hechos aislados, sino planificados y ejecutados en el marco, y ‘como parte de un ataque generalizado o sistemático’, es que dichos ataques deben recibir la denominación de crímenes de ‘lesa humanidad’, y ser, bajo esta calificación, juzgados y sancionados por los tribunales competentes”.

III. El rol de los juicios en la disputa por el sentido del pasado: el riesgo del negacionismo normativo

Como se ha desarrollado en el acápite introductorio, la necesidad de juzgar a los responsables de los crímenes perpetrados por la última dictadura cívico militar es compartida por múltiples sectores que provienen de distintas extracciones de la sociedad civil: sobrevivientes, militantes sindicales y de organizaciones políticas, familiares de víctimas, organismos de derechos humanos, profesionales de distintas disciplinas coinciden en la centralidad de la justicia (en tanto sistema judicial) como estrategia privilegiada del abanico de opciones posibles para *hacer algo* con la experiencia del aniquilamiento.

Esto no quiere decir que todos expliquen esa centralidad del mismo modo ni, mucho menos, que coincidan siempre en las estrategias que se despliegan en torno al juzgamiento.

Desde los debates alrededor de la conformación de la CONADEP en adelante, nuestra historia se encuentra plagada de tensiones que se han ido resolviendo, con sus modos particulares, en las calles, los tribunales y la producción académica. Sin ánimo de resolver estas tensiones (y aún menos, de pretender nuestra opinión como representativa de estos distintos sectores), podemos identificar algunos elementos que hacen del territorio judicial un espacio que habilita la disputa por los sentidos del pasado y que lo vuelven, desde nuestra perspectiva, una apuesta central para las disputas contra el negacionismo, como se verá, ya que habilitan la problematización del proceso social y sus consecuencias en la sociedad actual.

A la hora de juzgar crímenes de Estado se ponen en debate no solo los delitos particulares de la causa, sino el contexto general que le da marco, intencionalidad, despliegue, etc., al proceso general y por lo tanto se abre la posibilidad de poner en discusión los sentidos sobre el proceso histórico.

Esto no quiere decir que los actores que intervienen en estos procesos, o nosotros, pretendamos que los tribunales resuelvan cuál es el mejor modo de explicar lo que nos pasó. Muy por el contrario, la gran potencialidad de este proceso es su capacidad para mantener abierta y en movimiento esa pregunta.

Con más de 15 años ininterrumpidos de juicios, cada causa, cada sentencia particular, ha aportado modos de contestar a las preguntas que se hacen los magistrados a la hora de dictar sentencia: 1) ¿Qué pasó? ¿Cuál es el daño?, 2) ¿Ese daño constituye un delito?, 3) ¿Quiénes son las víctimas? ¿Quiénes son los responsables?, 4) ¿Hay intencionalidad? ¿Cuál fue?

Pero esas respuestas, lejos de convertirse en piezas de museo, se ponen a jugar nuevamente en las disputas por los sentidos del pasado. Por un lado, en el propio territorio judicial, en la medida en que cada sentencia se rediscute (como en el fallo en cuestión) en los tribunales de alzada y que se constituye en antecedente relevante en las futuras causas. Pero, además, los sentidos construidos en los juicios circulan por otros territorios de lo social, produciendo y reproduciendo sentidos (por caso, en este mismo artículo). Desde esta perspectiva, entonces, cada causa y, aún más, cada instancia judicial de cada causa, se constituye como una instancia en la disputa por los sentidos que, lejos de agotarse en ella misma, se articulan en un proceso de mucho más largo alcance.

Por ello, la sentencia que aquí se analiza tiene efectos inmediatos “sobre los cuerpos” (en alusión a la dimensión coercitiva del derecho penal) pero

también mediatos “sobre los sentidos” del pasado en nuestro presente democrático (dimensión discursiva–eficacia nominativa y performativa del derecho). Esta segunda dimensión es la que se pretende abordar en este acápite.

En el fallo, en el voto de la mayoría, se hace referencia a *la diferenciación entre el valor normativo que el sistema jurídico le otorga al genocidio del que le otorgan las ciencias sociales, denunciando la indistinción como acto impropio de la magistratura.*

Interesa referirnos aquí a la relación (o la no relación) entre derecho y ciencias sociales, porque ello permite reflexionar sobre el dispositivo derecho, sobre el mito de autoconstitución racional que esconde su violencia originaria, pero también sobre su rol para aportar en el proceso de elaboración de las consecuencias reorganizadoras del genocidio.

Nos preguntamos entonces, si “mejora” o “degrada” a la ciencia jurídica escoger una figura legal que explica mejor el objetivo y la estrategia de los perpetradores, quiénes son las víctimas, cuál es el daño causado y los motivos del aniquilamiento.

La calificación como genocidio o como crimen de lesa humanidad no es inocua ni insustancial y genera consecuencias en la comprensión acabada del proceso histórico y en las disputas por los sentidos de memoria. Definir como crimen de lesa humanidad un proceso genocida implica una desjerarquización y olvido del elemento identitario y del objetivo de opresión en el proceso de destrucción, ya que solo se observa una mirada liberal, en términos de derechos individuales de ciudadanos, que vislumbra la acción específica cometida –secuestro, desaparición, tortura, asesinato, violación– pero no logra restablecer la finalidad de la práctica social, las lógicas de implementación del terror ni su sentido estratégico, quedando de algún modo inexplicado el delito específico cometido.

El proceso represivo persiguió, torturó, desapareció, asesinó, a un conjunto de personas que vivían, soñaban y hacían parte de una determinada comunidad en aquel tiempo y este lugar que habitamos nosotros. Los persiguieron no por ser Pedro, María, Juan o José, como dice la conocida canción, sino por ser parte y expresión de esa comunidad particular. Se los llevaron a ellos, para que, con su ausencia, nosotros y esta comunidad que conformamos, no volviéramos a ser los mismos. Nos destruyeron una parte, para transformarnos el todo.

Por ello el derecho, como ámbito *agonal* sobre *la apropiación política del pasado*, nos permite, con sus conceptualizaciones, formular las representaciones de lo acontecido y convertir al escenario judicial en *árbitro de la*

verdad (frente a los discursos negacionistas que han recrudecido en los últimos tiempos). A diferencia de lo que se sostiene en el voto de la mayoría, el derecho se configura como herramienta política y de reparación a las víctimas.

Más allá de los debates en torno a si la *relación entre derecho y política es deseable*³⁵ (claramente para los jueces de la mayoría esta alianza es inaceptable siguiendo la tradición de la filosofía analítica del derecho, en tanto que para Slokar, con una mirada más anclada en la teoría crítica del derecho, el dato de la realidad social es indispensable a la hora de pensar las normas), proponemos aquí hacer un ejercicio para “desandar” el modo de abordaje clásico de la relación entre derecho penal y fenómeno criminal.

La propuesta es partir de la mirada de Ferrajoli (o mejor dicho en el *último* Ferrajoli), quien logra incorporar a su teoría garantista el dato de la realidad social del último siglo, es decir las graves violaciones a los derechos humanos, y propone una drástica revisión epistemológica de la criminología al independizarla –en tanto ciencia *autónoma y externa*– del derecho penal. Eso nos permite indagar en categorías que provienen de disciplinas afines (criminología del genocidio) y (re)pensar estos problemas más allá de la estrecha legalidad. Esta aproximación epistemológica sirve para comprender qué es lo que verdaderamente está en disputa y cuáles son las herramientas que estamos dispuestos a utilizar y, en particular, el rol que le asignaremos al derecho para dismantelar las prácticas sociales genocidas.

En esta línea se destacan especialmente los aportes de Morrison, Álvarez y Woolford, entre otros, quienes consideran que el genocidio es un *proceso* y no un resultado o un conjunto de rasgos claramente definibles.³⁶

35. Algunos autores han formulado críticas severas del entrelazamiento derecho-política frente a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura. En esa línea, se ha analizado en clave crítica, muy especialmente la sanción de la ley 27.362 como respuesta al fallo Muiña y la posterior modificación de la jurisprudencia de la CSJN en el caso Batalla. Ver: A. Rosler, “El Estado de Derecho caído en “Batalla”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año IV, N° 7, pp. 20-34, y “Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora: Acerca del punitivismo de lesa humanidad”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año III, N° 5, 2017, pp. 62-102.

36. Ver: A. Álvarez, *Genocidal crimes*, Londres, Routledge, 2010; W. Morrison, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2012; A. Woolford, “La nueva generación: criminología estudios sobre el genocidio y colonialismo de los colonos”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, N° 5, número especial: setiembre, pp. 138-162; G. Yacoubian, “The Significants of Genocidal Behavior to the discipline of Criminology”, en *Crime, Law and Social change*, N° 34, pp. 7-19.

Sostienen que no existen explicaciones monocausales, sino que el genocidio debe ser entendido como un complejo proceso social y no como un fenómeno estático, y aconsejan reemplazar la perspectiva de análisis legalista (siempre acotada) por una mirada que permita abarcarlo como un proceso dinámico con una serie de momentos que lo integran y que no culminan con el aniquilamiento material, sino que continúan en los modos de representar y narrar esa experiencia de aniquilamiento.

En la misma línea, Feierstein introduce la categoría realización simbólica –como última etapa de un proceso genocida– para referirse a estos modos de representación. Así, el genocidio no culmina con el aniquilamiento, sino que se “realiza” con posterioridad, en los modos de contarnos qué es lo que nos pasó.

La realización simbólica del genocidio tiene siempre en miras la reorganización de las relaciones sociales después del aniquilamiento, pero de un modo particular: se pregunta ¿cómo lograr que el conjunto social construya una representación del genocidio en la que el lazo social aniquilado no pueda tener presencia? Como vemos, se trata de una exclusión, de un segundo proceso de destrucción, pero ahora en el ámbito de lo simbólico, en el plano de la memoria. Se busca, en lo simbólico, destruir las relaciones sociales que encarnaban esos cuerpos (sujetos) aniquilados, para que nadie más las vuelva a implementar. Eso es lo que ocurre con el negacionismo como última etapa del proceso genocida:³⁷ a través de la insensibilización y el pacto denegativo³⁸ se intenta construir una narratividad que constituya una legitimación y justificación del arrasamiento, clausurando su visibilización.

37. Para Stanton el genocidio puede ser explicado en 10 etapas: clasificación, simbolización, discriminación, deshumanización, organización, polarización, identificación, persecución, exterminio y negación. Fein, por su parte, categoriza 5 etapas: definición (proceso de identificación de las víctimas discriminadas), pérdida (de derechos, roles, reclamos, etc.), segregación, aislamiento y concentración. Feierstein, por su parte, entiende que el proceso genocida requiere de una serie de momentos que lo integran: 1) construcción de una otredad negativa, 2) hostigamiento, 3) aislamiento, 4) políticas de debilitamiento sistemático, 5) aniquilamiento material y 6) realización simbólica.

38. Existe un pacto denegativo cuando se establece un acuerdo inconsciente a nivel social en la exclusión de toda referencia al suceso traumático. De este modo se producen mecanismos colectivos de ajenización y distanciamiento a través de un proceso narrativo que excluye deliberadamente a la primera persona y se estructura como la narración de algo ocurrido a otros. Por su parte la “ideología del sinsentido” constituye un momento superior

Por eso, la batalla en las sociedades posgenocidas como la nuestra es verificar en qué modo se logra o no esa realización simbólica.

Si el objetivo del genocidio no son los muertos, sino nosotros los *vivos* y no es algo que les sucedió a *otros* en un pasado (que se pretenda clausurar y avanzar hacia un futuro en que no haya rastro del arrasamiento), sino que *nos sigue sucediendo*, se pone de manifiesto en nuestro modo de relacionarnos, de explicar y explicarnos la realidad en la que nos encontramos inmersos. Entonces, el modo de contar lo que nos pasó, de representarlo simbólicamente, *de describirlo en una sentencia*, no es para nada inocuo. Muy por el contrario, deviene un momento esencial en la disputa por la eficacia genocida. Por eso el derecho, por su eficacia nominativa, aparece como un espacio privilegiado para la comprensión de estos hechos y se presenta atractivo para la disputa conceptual sobre los sentidos de memoria de los hechos del pasado.

Ordenar una sociedad supone necesariamente establecer una gramática del sufrimiento. El campo jurídico es, por encima de todo, un campo discursivo y, por eso mismo, la lucha por el derecho es, por un lado, la lucha por la nominación, por la consagración jurídica de los nombres del sufrimiento humano, por entronizar los nombres que ya se encuentran en uso y, por el otro, la lucha por publicitar y colocar en uso, en boca de las personas, las palabras de la ley y también de las sentencias.

Por eso, nominar como crímenes de lesa humanidad o como genocidio los crímenes perpetrados por la dictadura militar no es indistinto. Se ponen en acto la capacidad de influencia en la esfera pública y las estrategias para “oficializar” o “institucionalizar” una narrativa del pasado. El derecho se presenta, entonces, no solo como la palabra autorizada de la nación, capaz de regular, sino también de crear, o de dar estatus de realidad a las entidades cuyo derecho garantiza, e instituye su existencia a partir del mero acto de nominación.

Por supuesto es absolutamente válido debatir la calificación legal con argumentos normativos robustos, pero también lo es evitar el negacionismo

del proceso de represión, que lejos de desafiar el pacto denegativo busca instalarlo en el plano de la conciencia, otorgarle una solidez narrativa y restablecer algún tipo de coherencia identitaria al anular la propia existencia del yo previamente arrasado (J. Puget y R. Kaës, *Violencia de Estado y psicoanálisis*, Buenos Aires, Ed. Lumen, 2006; D. Feierstein, *Memoria y representaciones*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura, 2012, p. 79 y ss).

normativo³⁹ y de la causalidad, en un contexto en el que se intenta avanzar (aunque muy lentamente) en los procesos judiciales contra la responsabilidad empresarial en el despliegue genocida, pero a la vez se verifica la reedición de la teoría de los dos demonios por la sociedad civil, algunos funcionarios públicos, candidatos electivos y sentencias judiciales.⁴⁰

En los últimos años los negacionismos se han perfeccionado, han adquirido dimensiones más complejas que exceden la simple y burda negación de los hechos históricos, exploran otros modos de negación más sutiles y también más peligrosos.

A partir del momento en que la negación burda de los hechos se presenta como no convincente, los negacionistas tienen la esperanza de utilizar la racionalización, la relativización y la trivialización para presentar su caso como más persuasivo y aceptable. La tendencia no es la negación de la ocurrencia de los sucesos, sino que se intenta desdibujarlos o bien, en el contexto de otras violencias, equiparar procesos de violencia mutua o evitar su nominación como genocidio.

39. Adam Jones define como negacionismo normativo a las posiciones jurídicas que descartan la posibilidad de tipificación del genocidio y utilizan de modo extendido la fórmula de crímenes contra la humanidad (A. Jones, *Genocide. A Comprehensive Introduction*, New York, Ed. Routledge, 2010).

40. Con la reapertura de los juicios a los genocidas emergieron discursos que habían estado por fuera de la escena pública y que defendían abiertamente el accionar de las Fuerzas Armadas y de Seguridad durante lo que ellos denominaron como “la guerra contra la subversión”. Probablemente la referente más conocida haya sido Cecilia Pando, que alcanzó repercusión en 2005 con una carta de lectores en el diario *La Nación*. Su discurso, si bien no había tenido eco por mucho tiempo, no era original: las Fuerzas Armadas y de Seguridad habían librado una guerra contra la subversión y el Estado, en lugar de reconocerles su labor, los perseguía políticamente. Pero unos años más tarde, con el proceso de juzgamiento ya en marcha, surgiría un discurso mucho más complejo que incorporaría a la escena pública elementos originales en la disputa por el modo de entender el proceso represivo desplegado durante la última dictadura militar. El Centro de Estudios Legales sobre el Terrorismo y sus víctimas (CELTIV), creado en 2006, proponía un discurso y un tono al decir que se asemejaba al de los organismos de derechos humanos y que retomando la lógica estructural de la “guerra contra la subversión” del discurso final de la dictadura o de la “teoría de los dos demonios” de mediados de la década del 80, proponía la equiparación de dos actores en conflicto. Sin embargo, esta vez, el refinamiento del nuevo modo de equiparación ponía en pie de igualdad no a los “contendientes” del conflicto sino a sus “muertos”. Las víctimas, de un lado y del otro, merecían justicia y reparación.

Está claro que definir la experiencia argentina como crimen de lesa humanidad con argumentos técnicos que lo avalen no configura *per se* un negacionismo normativo. Sostener lo opuesto contraría de modo inadmisiblemente la libertad académica. El negacionismo normativo requiere de una estrategia narrativa en donde el derecho es el escenario que se elige, a partir de la renuencia a calificar los hechos como genocidio, para garantizar la impunidad de los perpetradores (negacionismo de la responsabilidad) o el borramiento de las víctimas (negacionismo de la identidad de las víctimas) y de las causas del aniquilamiento (negacionismo de la causalidad).

Por eso cuando analizamos una sentencia, un libro, un *paper* académico, una nota de opinión, etc., corresponde hacerlo en el contexto histórico y político en el que se anuda. ¿Por qué hoy tiene un peso central que la justicia “nomine” los crímenes cometidos por la dictadura? O, mejor dicho, ¿qué es lo que “esconde” o invisibiliza optar por una u otra fórmula legal? Nos parece interesante pensar el negacionismo como lo hace Theriault: diferenciar el negacionismo de la consolidación por sus efectos en el tiempo.

Para Theriault, la negación es una característica de, al menos, tres etapas del genocidio: el aniquilamiento, el momento inmediatamente posterior y el legado o secuela a largo plazo. En su opinión, la categorización de la negación como constitutiva de la última etapa del proceso genocida no solo obtura análisis más profundos de la secuela a largo plazo, sino que oscurece el importante rol que tiene la negación en las primeras etapas del genocidio. Considera que la negación ocurre no solo después del genocidio sino “durante” aquel. Es entonces una característica típica del momento inmediato posterior al aniquilamiento: y configura un modo de ayudar a los genocidas y cómplices para evadir la responsabilidad de sus actos. Cuando se habla de las consecuencias o secuelas del genocidio a largo plazo, el término que mejor captura este proceso es el de “consolidación”.⁴¹

Entonces el negacionismo de la responsabilidad se constata en el momento inmediato posterior a los hechos con el objetivo de borrar el rastro del crimen dentro del crimen. La negación de la identidad de las víctimas,

41. H. Theriault, “Denial of ongoing Atrocities as a Rationale for Not Attempting to Prevent or Intervene”, en *Impediments to the Prevention and Intervention of Genocide, Genocide: a critical Bibliographic Review*, Volume 9, Samuel Totten Editor, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2014, pp. 47-75.

bajo la invocación de la violencia mutua, por caso, opera como medio para garantizar el negacionismo de la causalidad.

No se trata solamente de hacer desaparecer los cuerpos, sino también los recuerdos de los seres vivientes que ellos fueron, sus trayectorias, deseos, expectativas, *militancias*, sus modos de ser y sentir social para negar las luchas que encarnaron y qué tipo de relaciones sociales resultaban hegemónicas previas al aniquilamiento, pero sobre todo cómo eran las condiciones económicas, culturales, políticas e ideológicas previas al genocidio y qué modelo se decidió instaurar y quiénes se beneficiaron a partir del genocidio.

El modelo prototípico del negacionismo de los hechos (“esto no ocurrió”) tiene como objetivo, en un momento inicial, evitar la responsabilidad. Pero la apelación a la violencia mutua y el negacionismo normativo evita discutir las causas del aniquilamiento y, sobre todo, quiénes fueron los beneficiarios de ese proceso y es un negacionismo que se da en el largo plazo del que habla Theriault. Se trata de la renuencia a utilizar la fórmula legal del genocidio con un objetivo particular, no la simple discusión teórico-conceptual sobre la calificación legal a adoptar.

Aun en la hipótesis de descartar la nominación como negacionismo normativo del debate de la calificación legal en el caso argentino, interesa, sin embargo, alertar sobre los “efectos negacionistas” de estas configuraciones normativas que fundándose en víctimas indiferenciadas y en el horror descontextualizado obturan comprender las causas del genocidio en un contexto concreto y particular: cuando justamente se ha empezado a discutir la responsabilidad civil de la dictadura (causalidad del proceso genocida) y cuando media un recrudecimiento de discursos negacionistas en el campo político, académico y normativo. Discutir de modo pretendidamente neutral la calificación legal de los crímenes cometidos por la dictadura cívico-militar es una ingenuidad que no podemos aceptar.

IV. Conclusiones

La última dictadura cívico-militar a la que se vio sometida la sociedad en su conjunto ha dejado una fuerte impronta en su imaginario colectivo, en sus prácticas sociales y culturales, en las formas de pensar su pasado y pensarse a sí misma. En este sentido, Argentina (con su proceso de juzgamiento a los responsables por los crímenes cometidos) se ha convertido en

una experiencia *única* en la región (no solo por la cantidad de procesos en curso, sino que ha sido posible profundizar en temas emblemáticos como la apropiación de menores, la coordinación represiva entre países o Plan Cóndor, los delitos sexuales, la responsabilidad empresarial y el robo de bienes de las víctimas secuestradas y desaparecidas).

A partir del fallo de la Sala 2 de la Cámara Federal de Casación Penal, que revocó por mayoría la calificación jurídica de genocidio establecida por el TOF1 de la Ciudad de la Plata en la causa conocida como “Fuerza de Tareas 5” (Sentencia del 19/10/2015), el debate sobre el rol de los juicios en la disputa por los sentidos del pasado vuelve a reinstalarse entre quienes tenemos un vínculo o un interés en el seguimiento de este proceso.

La justificación jurídica y académica de la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad no puede ser cuestionada desde la lógica argumentativa de una visión aséptica del derecho. Sin embargo, la intención que ponemos de manifiesto en este artículo es la de evidenciar cuáles son los efectos de despojar del sentido social y político a las sentencias judiciales, justamente a partir del despojo del sentido social y político de los crímenes de la dictadura y sus consecuencias.

Estamos viviendo un momento normativo interesante: este fallo se configura como un aporte valioso porque: a) se reafirma la conceptualización como crímenes internacionales de los delitos perpetrados por la dictadura y consecuentemente su carácter imprescriptible y merecedores de condena penal (por unanimidad); b) se consolida la calificación de desaparición forzada (por unanimidad); c) se reconoce el carácter mutable de la noción de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos (más allá que se descarta en el caso concreto por déficit probatorio) y d) se discute por primera vez en un tribunal de alzada la calificación legal de genocidio y los sentidos en disputa. Parafraseando el fallo, el genocidio como práctica social y como delito no es una “metáfora”.

“Soy todo lo que recuerdo y vos, todo lo que has olvidado” dicen los primeros versos de una bella canción de Gabo Ferro. A más de cuatro décadas del inicio de la dictadura, no hemos olvidado nada porque obstinadamente nos hemos negado a dejar de preguntarnos qué nos pasó en las calles, la academia o los tribunales. Bienvenidos los debates que nos desempolvan y nos ponen a pensar nuevamente.

Bibliografía

- Alagia, A., “Día ‘D’ hora ‘H’: Crímenes masivos cometidos en Argentina (1976-1983) y genocidio. El caso del campo concentracionario ‘A.B.O.’”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, febrero de 2012, Ed. La Ley, pp. 81 y ss.
- Andriotti Romanin, E., “Decir la verdad, hacer justicia: Los Juicios por la Verdad en Argentina”, en *European Review of Latin American and Caribbean Studies*. No. 94 (2013) April, pp. 5-23.
- Álvarez, A., *Genocidal crimes*, Londres, Routledge, 2010.
- Chalk, F. y Jonassohn, K., *Historia y sociología del genocidio. Análisis y estudio de casos*. Traducido por Carla Scotta, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010.
- Feierstein, D., *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Feierstein, D., *Memoria y representaciones*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura, 2012.
- Feierstein, D. y Silveyra, M., “Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado”, en *Estudios de Derecho*, vol. 77, N° 170, 2020, Universidad de Antioquia.
- Jones, A., *Genocide. A Comprehensive Introduction*, New York, Ed. Routledge, 2010.
- Lemkin, R., *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Caseros, Prometeo Libros, 2009.
- Morrison, W., *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2012.
- Ollé Sesé, M., “El concepto de grupo nacional y grupo religioso en el crimen de genocidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7, 2016, Dialnet, pp. 161-178.
- Puget, J. y Kaës, R., *Violencia de Estado y psicoanálisis*, Buenos Aires, Ed. Lumen, 2006.
- Rosler, A., “El Estado de Derecho caído en ‘Batalla’”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año IV, N° 7, pp. 20-34.

- Rosler, A., “Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora: Acerca del punitivismo de lesa humanidad”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año III, N° 5, 2017, pp. 62-102.
- Theriault, H., “Denial of ongoing Atrocities as a Rationale for Not Attempting to Prevent or Intervene”, en *Impediments to the Prevention and Intervention of Genocide, Genocide: a critical Bibliographic Review*, Volume 9, Samuel Totten Editor, New Brunswick and London, Transaction Publishers, 2014, pp. 47-75.
- Yacoubian, G., “The Significants of Genocidal Behavior to the discipline of Criminology”, en *Crime, Law and Social change*, N° 34, pp. 7-19.
- Woolford, A., “La nueva generación: criminología estudios sobre el genocidio y colonialismo de los colonos”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, N° 5, número especial: setiembre, pp. 138-162.

La despenalización y los nuevos ilícitos administrativos y civiles en la legislación italiana. Estudio de los antecedentes y consecuencias prácticas de los decretos legislativos N° 7 y N° 8 del 15 de enero de 2016*

Leandro Ezequiel Fusco **

Resumen

En el presente trabajo se realiza un análisis del proceso de despenalización en Italia a partir del dictado de dos normas de especial recepción en la legislación de dicho país. Asimismo, se relevan los resultados prácticos suscitados por la derogación de gran cantidad de delitos y la conversión de algunos de ellos en ilícitos administrativos y civiles gracias a un análisis de doctrina, jurisprudencia y estadísticas oficiales.

* El presente trabajo se realizó durante una estadía de investigación en la Università degli Studi di Padova becada por la Universidad de Buenos Aires a fines de 2019. Por razones de público conocimiento, no se ha podido publicar el trabajo con anterioridad. Del mismo modo, contiene estadísticas que pueden parecer desactualizadas pero teniendo en cuenta lo ocurrido durante 2020 y 2021 entiendo que pueden brindar una fotografía de la situación más fidedigna que aquella que se puede observar en la actualidad.

** Abogado y Traductor Público en idioma italiano (UBA), Master en Derecho Penal (Universidad de Palermo), Especialista en Ministerio Público Fiscal (UBA), Profesor Titular Interino de la Materia Lengua y Derecho I en Idioma Italiano en la carrera de Traductorado Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Funcionario de la Cámara Federal de Casación Penal; leandrofusco@derecho.uba.ar.

Palabras clave: derecho comparado, derecho procesal penal italiano, despenalización, ilícitos civiles y administrativos.

Decriminalization and New Administrative and Civil Offenses in Italian Law. Study of the Background and Practical Consequences of Legislative Decrees no. 7 and 8 of January 15, 2016

Abstract

This paper shows an analysis of the decriminalization process in Italy which is based on two laws with special consequences in Italian legislation. It also highlights the practical results of the abolition of a large number of offences and the conversion of some of them into administrative and civil offences due to an analysis of doctrine, jurisprudence and official statistics.

Keywords: Comparative Law, Italian Criminal Procedural Law, Decriminalization, Civil and Administrative Offences.

Parte 1

I. Introducción

El objeto de estudio del trabajo a desarrollar consiste en un análisis de los antecedentes y consecuencias prácticas de la denominada “despenalización” en la legislación italiana.

Es decir, por un lado, se identificará el proceso histórico que llevó a Italia a adoptar esta legislación y, por el otro, se tratará de ver sus efectos, principalmente sobre la carga laboral de los juzgados y fiscalías italianos y la celeridad en la resolución de los casos sometidos a proceso.

Los objetivos son los de determinar si el fin de la ley, esto es, la descompresión de los tribunales, tuvo una incidencia en la práctica y si es corolario de un proceso exitoso de despenalización. Para ello, se determinará si se redujo sensiblemente la cantidad de causas que los magistrados deben

resolver. Si esta reducción se corrobora, entonces queda determinar si tuvo efecto directo sobre la celeridad de los restantes procesos que allí tramitan. En conclusión, se trata de determinar si la ley cumplió con su objetivo fijado *ex ante* respecto a la carga laboral de las oficinas judiciales.

Es dable aclarar que el presente no busca ser un estudio comparativo de los sistemas ni un intento de forzar una entrada legislativa como la que se estudia en el sistema argentino. Por el contrario, la delimitación del objeto de estudio justamente intenta echar luz sobre esta cuestión, ya que más allá de los beneficios teóricos que esta investigación pueda llegar a tener en Argentina, su eventual réplica en nuestro país excede absolutamente los estrictos objetivos del presente, más allá de presentar un cuadro de situación que luego puede tenerse en cuenta para eventuales reformas legislativas.

En orden a la metodología utilizada, se han fundamentado los resultados a partir de un profundo análisis doctrinario, jurisprudencial y estadístico. Como puede observarse en el capítulo pertinente, se ha consultado una gran cantidad de libros y se ha relevado jurisprudencia de los más importantes tribunales italianos. Las estadísticas han sido recogidas de los organismos oficiales italianos. Entiendo que estos tres elementos permitirán brindar un panorama respecto de la comprobación del objeto de estudio.

II. Marco teórico

A. La despenalización

1. ¿Qué se entiende por despenalización?

De modo preliminar, debe tenerse en cuenta que al tomar contacto con la doctrina, surge con claridad la necesidad de distinguir entre descriminalización, despenalización, “diversión”,¹ descarcerización y desjurisdiccionalización, puesto que como sostiene el autor, muchas veces son usados de modo promiscuo e incorrecto.² No profundizaré sobre esta cuestión, ya que

1. Término proveniente de la cultura anglosajona, que no tiene una definición uniforme.

2. C. E. Paliero, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985, p. 378.

puede incluso llevar a confusión, pero vale a los fines de advertir que el “proceso de despenalización” es terminológicamente complejo.

En tal sentido, y como primera aproximación, podemos decir que la despenalización se contextualiza en lo que la doctrina ha dado en llamar “deflación” en el ámbito penal.³

Este concepto viene definido como el conjunto de mecanismos del ámbito de fondo, forma y ejecución, e influyen sobre el derecho penal y tienden a modificarlo de modo de reducir su tendencia expansiva.⁴

La doctrina distingue tres objetivos en el contexto de la deflación penal. Por un lado, una función jurídica que implica reforzar la idea de “ultima ratio” del derecho penal. En segundo término, mediante una visión sociológica de orientar la protección penal hacia bienes jurídicos relevantes para el ordenamiento jurídico, generando un derecho penal que tienda a la eficiencia, a la eficacia y el correcto desempeño de los tribunales.

Finalmente, desde una perspectiva política, se habla de un “adelgazamiento” procesal, tanto en la fase de juicio como de ejecución; por lógica, a una menor cantidad de delitos, los tribunales podrían abocarse mejor a tratar aquellos casos que se les presentan.

-Paradigmas de la despenalización

Ahora bien, por definición, la despenalización no significa otra cosa que transformar los ilícitos penales en administrativos⁵ y se distingue de la “descriminalización” por cuanto esta última implica una reacción radical del legislador, quien directamente deroga la figura (*abolitio criminis*).⁶

Dentro de este esquema, Paliero distingue cuatro paradigmas respecto de la despenalización.⁷

El primero que se puede denominar *fiscalizador*, por el cual el legislador “degrada” el delito a la categoría de ilícito administrativo, siempre que

3. E. Sirotti Gaudenzi, G. Perrotta, S. Primiceri, *Giusto Processo e Depenalizzazioni*, Primiceri Editori, Padova, 2016, p. 69.

4. Sirotti Gaudenzi y otros, *op. cit.*, p. 69.

5. <https://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?action=view&id=473&dizionario=1>

6. Ver E. Sirotti Gaudenzi, G. Perrotta, S. Primiceri, *Giusto Processo e Depenalizzazioni*, Primiceri Editori, Padova, 2016, p. 71.

7. C. E. Paliero, *op. cit.*, pp. 383-403.

tengan un contenido preferentemente económico-social. En ese contexto, la sanción administrativa constituye un nivel de prevención suficiente en tanto el establecimiento de una conminación pecuniaria en la medida idónea neutraliza las ventajas obtenidas a través del delito.

En segundo término, establece un paradigma de *medicalización* entendido como la despenalización de conductas consideradas de desorden social o inadaptación personal más que un verdadero delito. El caso más común es aquel de la tenencia de estupefacientes para consumo personal ya que, amén de la despenalización de la figura, se establecen mecanismos de control y, sobre todo, de sostenimiento y asistencia social y médica en favor del imputado.

El tercer paradigma, denominado de *secularización*, resulta especialmente interesante, en la medida que atañe a la despenalización de delitos que fueron considerados como tales a partir de una intersección entre la ilicitud penal de la conducta y su reproche moral. De tal suerte, al concebirse el derecho penal desde una visión laica, deben dejarse fuera de sanción aquellas conductas reprobables desde el punto de vista religioso o moral, como resultan por caso las contravenciones de ebriedad (art. 688 C.P.) o blasfemia y manifestaciones ultrajantes hacia los difuntos (art. 724 C.P.).

En cuarto lugar, se establece el paradigma *privatizador*, por el cual los delitos de poco disvalor y que protegen la propiedad y, más genéricamente, al patrimonio, respecto de los cuales deben intensificarse las instancias de prevención y en orden a la represión una vez cometido, debe ser suficiente con una sanción de carácter administrativo (por ejemplo, la emisión de cheque sin fondos).

-Despenalización en abstracto y despenalización en concreto

La doctrina también ha dividido la cuestión entre la despenalización en abstracto y la despenalización en concreto. La primera implica que el legislador interviene directamente sobre las normas penalizadoras, restringiendo el número o su ámbito de aplicación.

La despenalización en concreto, por su parte, comprende los institutos y mecanismos en base a los cuales la selección de los hechos penalmente relevantes y merecedores de punición tiene carácter orientativo. Es decir, tal selección se cumple en una primera etapa de modo indirecto por el legislador, y en un segundo plano se deja en manos de los jueces la conveniencia

de celebrar un proceso o de aplicar la sanción prevista en abstracto para el delito cometido.

En conclusión, podemos decir que “despenalización” no solo es un concepto eminentemente jurídico en el sentido de la “transformación” del delito en ilícito administrativo, sino una expresión de la política criminal buscada por el Estado en pos de la eficiencia, y por eso la doctrina italiana utiliza este término para referirse a todo proceso que tienda a la deflación penal.

2. La visión doctrinaria “clásica” de la despenalización

Ahora bien, en este capítulo se intentará realizar una breve reseña de los que considero son los principales promotores de lo que se conoce como “derecho penal mínimo”.

Lo contrario, es decir, realizar un trabajo exhaustivo de pesquisa sobre el tópico, excede totalmente los objetivos del presente trabajo y por ello intentaré limitar en lo más posible esta descripción del marco teórico clásico que derivó en las leyes de despenalización.

Conozco también los riesgos de sesgar el pensamiento de los autores que citaré en el presente capítulo a las cuestiones concretas que este trabajo amerita, pero haré el intento al solo efecto de dar un sostén teórico al objeto de estudio.

En concreto, para entender que no es una iniciativa aislada del legislador italiano, sino que, antes bien, se trata de llevar a la práctica los pregones doctrinarios que desde hace años se oyen en la península.

En esa dirección, considero que al tratar el tema que se trata, no puede dejar de pensarse en los postulados que Ferrajoli, especialmente desde su obra *Derecho y Razón*, ha impulsado con vehemencia.⁸

Sobre el punto, es importante destacar que Ferrajoli, al contrario de los objetivos que motivaron la ley, buscaba en realidad la reducción del derecho penal como uno de los tres ejes que él tomó como directrices del derecho penal garantista, esto es, en el marco de lo procesal, asunción total del Estado de la acción penal a partir de un sistema acusatorio puro, desde el derecho de fondo la reducción de los delitos al mínimo y desde el campo de

8. Así por ejemplo lo reconoce el mismo Carlo Enrico Paliero en “*Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 1 settembre 2018, p. 1447.

la ejecución, penas insusceptibles de ser modificadas por el comportamiento en el penal.

Ahora bien, haré foco entonces en uno de los ejes en concreto, es decir, en lo referente a la reducción de la cantidad de delitos en el Código Penal. En su obra *Derecho y Razón*, Ferrajoli dedica una parte de ella a tratar específicamente este tema.

Al respecto, sostuvo que:

“...[u]no de los factores de la comentada crisis del derecho penal italiano con respecto a sus fuentes de legitimación interna y externa ha sido, sin duda, su desarrollo hipertrófico, provocado por una legislación aluvial que ha ampliado desmesuradamente la esfera de las prohibiciones penales, invadiendo incluso sectores de naturaleza propiamente administrativa”.⁹

Sobre las consecuencias negativas de lo que llama la “elefantiasis de la justicia penal” Ferrajoli enumera una serie de cuestiones que habré de tratar someramente.

En primer lugar, sostiene que comporta un costo para los condenados incomparablemente mayor que el de las sanciones administrativas a causa de los efectos estigmatizantes del proceso penal y de la constancia de las condenas en el registro judicial.

Por otro lado, considera que se genera una irracionalidad del sistema, dada por la transformación en sentido reglamentista de la legislación penal –en detrimento de la codificación– con el consiguiente incremento de incertidumbre, de antinomias, de concurso de normas y de delitos.

Siguiendo con su crítica, Ferrajoli indica que la inflación penal ha hecho crecer, por un lado, el poder dispositivo de los jueces, que siempre se alimenta de la incertidumbre y confusión de las leyes, y, por otro, ha potenciado el carácter ilusorio de la presunción de conocimiento de la ley penal, orientando el sistema hacia formas de responsabilidad sustancialmente objetiva, por la imposibilidad de conocer el desvalor penal de demasiados hechos inopinadamente penalizados.

9. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 713.

Asimismo, a su criterio, esa inflación evidencia, y al mismo tiempo favorece, una creciente confusión –por parte del legislador y, después, de los ciudadanos– en torno a los criterios que justifican las prohibiciones penales, derivando en una pérdida de confianza en el sistema.

Como último eje, y el que creo que en definitiva ha impulsado al legislador a sancionar las leyes que motivan este trabajo, es el que señala que el atasco del sistema judicial enfrascado en la resolución de conflictos baladíes y múltiples, que prolonga los procesos y la distrae de los asuntos más importantes.

En razón de ello, Ferrajoli hace su propuesta de un programa de derecho penal mínimo que apunta a una masiva deflación de los bienes penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica.

Las consecuencias positivas serían, a su criterio, una extraordinaria simplificación y racionalización del sistema penal, entre lo que destaca la reducción de la ignorancia excusable y la superación de la compleja problemática teórica originada por las “sanciones sustitutivas” aplicables, con discutible discrecionalidad, como alternativa a la pena.

Como última ventaja Ferrajoli señala que la relación entre delito, proceso y pena ganaría en linealidad y uniformidad: solo los delitos serían delitos,¹⁰ con los necesarios requisitos subjetivos y objetivos; las penas serían solo las restrictivas de libertad, privativas o no; y proceso sería solo el procedimiento dirigido a limitar la libertad personal en tutela de bienes penales fundamentales.

En un segundo orden de ideas, el autor se refiere a la reducción cualitativa del derecho penal, cuyo centro sería el principio de lesividad con el fin de considerar “bienes” solo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso.

La tercera y última restricción que aquí citaré impone el requisito de lesividad concreta, por lo cual a su criterio se deberían eliminar los delitos de peligro abstracto o presunto y aquellos delitos que sancionan los que

10. Nótese aquí una expresión que tiene que ver con la diferencia terminológica entre “reato” y “delitto”, es decir, no incluir las contravenciones dentro de la categoría de “derecho penal”.

Ferrajoli denomina “actos dirigidos a...” causar un daño en favor de aquellos que concretan un daño.

Ahora bien, estos postulados que Ferrajoli pone de resalto en su obra, pueden darnos, insisto, una idea de los sustentos doctrinarios que las medidas de despenalización tuvieron a lo largo de la historia reciente de Italia, pero no intentaré llevarlo más allá.

Sin perjuicio de ello, no puedo dejar de citar también a Alessandro Baratta, quien ha sido también un gran impulsor de esta reducción, en su obra, al sostener, por ejemplo, que “El principio cardinal del modelo de una política criminal alternativa no es la criminalización alternativa, sino la descriminalización, la más rigurosa reducción posible del sistema penal”.¹¹

Claro que no son estos los únicos autores que se han inclinado por fomentar los procesos de despenalización tendiente al derecho penal mínimo; no obstante, me limitaré a traerlos a colación solo a estos dos con el objeto, insisto, de realizar una somera introducción respecto del tema de que se trata.

Por ejemplo, es innegable el aporte que realizó Carlo Enrico Paliero, quien trabajó en profundidad la cuestión de la bagatela y en por qué debía despenalizarse esta categoría de delitos.¹²

También se ha tratado el tema de la despenalización desde otras perspectivas, pero como sostuve anteriormente, excede los objetivos del presente trabajo.¹³

B. El proceso de despenalización en Italia. Antecedentes históricos

El proceso de despenalización no es novedoso. De hecho, desde hace algunos años, se intentó frenar lo que Ferrajoli denomina “tendencia

11. Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, p. 237.

12. Ver C. E. Paliero, *op. cit.*

13. Por ejemplo, Jakobs explica que la pena puede sustituirse por equivalentes funcionales. Ese mecanismo de sustitución se denomina “descriminalización” o “despenalización”. Sin embargo, la crítica en la medida en que se suele pasar por alto que la elección de otra vía no punitiva para resolver la criminalidad no sólo exonera al autor de la pena, sino que la incorporación de estas vías alternativas conduzca a una estigmatización de todo aquello que se resuelva a través de ellas (Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 1997, pp. 14 y 18).

inflacionaria” del sistema penal a través del dictado de normas despenalizadoras.

En principio, se buscó mediante la denominada “degradación” de ciertos ilícitos penales, antes castigados con penas pecuniarias, a administrativos, es decir lo que estrictamente se conoce como “despenalización”, pero tal como nos recuerda la doctrina, el proceso en sí tuvo, previo a la reforma que estamos tratando, cuatro grandes etapas.

La primera fue la ley nro. 317 del 3 de mayo de 1967, que despenalizó las contravenciones de tránsito castigadas solo pecuniariamente; la ley nro. 950 del 9 de octubre de 1967, que despenalizó las transgresiones a las normas de policía forestal; y la ley nro. 706 del 24 de diciembre de 1975, que despenalizó todas las contravenciones castigadas solo con sanción pecuniaria, excepción hecha de las de naturaleza tributaria.¹⁴

Luego de ello, en una segunda fase, se gestó una reforma más intensa siguiendo los pasos de la análoga ley alemana del 24 de mayo de 1968, con la ley nro. 689 del 24 de noviembre de 1981 que, por un lado, extendió la despenalización, aunque con numerosas excepciones (art. 34), a todos los delitos –comprendidos los graves– castigados solo con pena pecuniaria (art. 32).

Por otro lado, la ley introdujo una nueva regulación general aplicable tanto a los delitos despenalizados como a todos los ilícitos administrativos (excluidos los disciplinarios), entre la que se destaca la inclusión expresa del principio de legalidad, la capacidad para la comisión del delito, reincidencia y autoría.

Fue la que, en definitiva, estableció las bases para que se puedan aplicar las sanciones administrativas de los delitos despenalizados.

El proceso se extendió a su vez a sucesivas oleadas en la década del 90, y que se puede identificar como una tercera etapa, dada por la ley nro. 562 del 28 de diciembre de 1993, en la cual se delegaba al gobierno la reforma de la regulación sancionatoria de las leyes de seguridad pública y las disposiciones conexas.¹⁵ También se buscó idéntico objetivo con el D. Lgs. Nro. 480 del 13 de julio de 1994.

14. Ferrajoli, op. cit., p. 715, y Bernardi, Alessandro, *Depenalizzazione, profili teorici e pratici*, CEDAM, Padova, 2008.

15. GU. Boletín oficial italiano del 31-12-1993, n. 306 y Boletín oficial italiano del 4-8-1994 <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1994/08/04/181/sg/pdf>.

La cuarta etapa fue la que se dio con mayor fuerza, a través del D. Lgs. Nro. 507 del 30 de diciembre de 1999, conocido como el decreto de “Despenalización de delitos menores y reforma del régimen sancionatorio”, el cual produjo un verdadero golpe a la criminalización de las conductas previstas en el código penal italiano.¹⁶

En efecto, la mencionada norma fue un hito insoslayable por la intensidad exhibida en la reducción de la cantidad de delitos y se centró en la despenalización de conductas para transformarlas en ilícito administrativo en los siguientes temas: los alimentos (arts. 1 a 8 del decreto); derecho de la navegación (arts. 9 a 16), derecho de circulación (17 a 23), disposiciones del mercado financiero (arts. 24 a 27) y cuestiones relativas a cheques bancarios y postales (arts. 28 a 37).

Del mismo modo, se despenalizaron conductas previstas en el Código Penal (arts. 38 al 59) y de leyes especiales (arts. 60 al 95).

Al observar el decreto, se advierte que gran parte de las normas pasadas a ilícito administrativo eran realmente anacrónicas o de una entidad tal que su permanencia delictual podría ser considerada incluso ridícula.

C. La ley nro. 67 del año 2014

La fase actual de despenalización no surgió con los decretos legislativos 7 y 8 del 2016; de hecho, es insoslayable retroceder hasta el año 2014, más precisamente hasta el día 28 de abril, ocasión en la que el parlamento emitió la ley nro. 67 por la cual delegó en el gobierno la adopción de uno o más decretos legislativos tendientes a reformar el sistema de las penas.

En concreto, se estableció un criterio rector consistente en “excluir la punibilidad de las conductas sancionadas con pena pecuniaria o con penas de prisión no superiores en el máximo a los cinco años, cuando surja la particular tenuidad de la ofensa y la falta de habitualidad en el comportamiento, sin perjuicio del ejercicio de la sanción civil para el resarcimiento del daño y adecuando la normativa procesal penal correspondiente”.

Fue mediante el decreto legislativo nro. 28 del 16 de marzo de 2015 que el gobierno italiano dio el primer paso con miras a ejecutar la delegación

16. Decreto legislativo–(DLG) n. 507 del 30 dicembre 1999, pubblicato nel Suppl. Ord. n. 233/L alla Gazzetta Ufficiale n. 306 del 31/12/1999.

efectuada. A través de esta norma se introdujeron las “Disposiciones en materia de no punibilidad por la particular tenuidad del hecho”.

Mediante esta norma, se introdujo en el código penal el artículo 131 bis que establece la exclusión de la punibilidad por la particular tenuidad del hecho. La norma sostiene:

“En los delitos para los cuales se prevé la pena de prisión no superior en su máximo a los cinco años o bien pena pecuniaria sola o conjunta a la pena mencionada, se excluye la punibilidad cuando; por la modalidad de la conducta y por la exigüidad del daño o del peligro, valorados según las disposiciones del artículo 133 inciso 1, la ofensa es de particular tenuidad y el comportamiento no es habitual.

La ofensa no puede ser considerada de particular tenuidad en el sentido del primer inciso, cuando el autor ha obrado por motivos abyectos o fútiles o con crueldad, incluso contra animales o se aprovechó de la indefensión de la víctima, aun a causa de su edad o bien cuando la conducta ocasionó, o de esa se derivó, incluso como consecuencia no querida, la muerte o las lesiones gravísimas de una persona.

El comportamiento es habitual en caso de que el autor sea declarado delincuente habitual, profesional o con tendencia al delito o bien, haya cometido más delitos de la misma índole incluso si un delito, considerado de modo aislado sea de particular tenuidad, o bien en el caso en que se trate de delitos que tengan por objeto conductas múltiples, habituales y reiteradas.

A los fines de la determinación de la pena de prisión prevista en el primer inciso no se tienen en cuenta las circunstancias, a excepción de aquellas para las cuales la ley establece una pena de especie diversa de la ordinaria del delito o de aquellas con efecto especial. En este último caso, a los fines de la aplicación del primer inciso no se tendrá en cuenta el juicio de balance del artículo 69.

La disposición del primer inciso se aplica también cuando la ley prevé la particular tenuidad del daño o del peligro como circunstancia atenuante”.

Su ubicación en el Código Penal que lo sitúa dentro de lo que se establece como la graduación de la imposición de la pena, es decir, no se excluye el delito en sí, sino que, antes bien, se establecen criterios de mensuración de la pena lo suficientemente laxos para que, aun configurado el delito, este no conlleve una sanción.

El decreto legislativo incluye también disposiciones de carácter procesal, por ejemplo, tornando improcedente la persecución penal para los casos en que se verifique la hipótesis del mencionado artículo 131 bis. Se trata de una causal de archivo del expediente con el objeto de evitar la persecución de hechos que el legislador evita realizar.

D. Los Decretos legislativos nro. 7 y 8 del 15 de enero de 2016

1. Esquema parlamentario

El día 22 de enero de 2016 se publicaron en el Boletín Oficial italiano dos decretos legislativos por los cuales entraron en vigor, a partir del 6 de febrero de 2016, la denominada, en concreto, “despenalización”, por un lado, y la derogación de delitos previstos en la ya mencionada ley nro. 67/2014 (art. 2), por el otro.

La doctrina se hizo eco de los antecedentes citados y tildó de histórica a la reforma, ya que significó un retroceso del derecho penal, en favor del derecho administrativo y civil.¹⁷

Al realizar una primera aproximación hacia las leyes se advierte que, además de transformar delitos en ilícitos administrativos, se derogaron otros delitos, como la injuria, que pasó a ser solamente un ilícito civil. Así, además del resarcimiento del daño, se impone una “sanción pecuniaria civil” cuyos montos pasan a engrosar la “caja de multas”.¹⁸

Esto expresa un claro norte de la política criminal de reducir el derecho penal, en base a los principios de subsidiariedad o extrema ratio.

17. Gian Luigi Gatta, “Depenalizzazione E Nuovi Illeciti Sottoposti A Sanzioni Pecuniarie Civili: Una Riforma Storica”, 25 Gennaio 2016.

18. He optado por una traducción fundamentalmente literal del término “Cassa delle Ammende” ya que obviamente no contamos con un equivalente en el derecho argentino.

Sobre el ilícito civil, cabe destacar que se trata de una figura que la doctrina italiana calificó de novedosa, en la medida en que no registra antecedentes, a la vez que se considera un instituto híbrido, entre el ilícito extracontractual civil y el ilícito penal que constituye delito o contravención según el caso.

En cuanto a su naturaleza jurídica, resulta ambigua por cuanto conjuga elementos de derecho público y privado; por un lado, la sanción puede ser impuesta de manera unificada a la sanción civil ejercitada por el *privatus*, pero el monto de la sanción va a parar al erario.¹⁹

Explica la doctrina que de esta manera se tiende a la búsqueda de un desaliento del delito a través de la prevención general, a la vez que evita la duplicación de procedimientos (civil y administrativo) que significaría la despenalización *stricto sensu* del delito.²⁰

Se trata de una importación legal del derecho anglosajón, identificada como los “*punitive damages*”.²¹

Los beneficios buscados, como se dijo en los antecedentes doctrinarios y parlamentarios, son la aceleración del proceso penal a partir de una lógica deflacionaria y no tanto la reducción de la población carcelaria, dado que son delitos que no prevén, en su mayoría, pena de prisión.

En cuanto a la despenalización, en sentido estricto, la reforma incluye para los delitos “degradados” nuevas sanciones y respecto de la cuestión procesal –muy relevante en la práctica– se regula la autoridad administrativa competente y la remisión de las actuaciones por parte de la autoridad judicial.

Resulta también importante remarcar que las sanciones administrativas para los delitos “despenalizados” se aplican retroactivamente con el límite de la cosa juzgada y los montos sancionatorios establecidos por la nueva ley.

19. Ver al respecto, Gabrio Forti, Federico Stella, Giuseppe Zuccalá, *Commentario breve al Codice Penale*, CEDAM, Padova, 2017, pp. 1891-1893.

20. Ver Palazzo, Francesco, “La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie”, *Diritto Penale e Processo*, 16, p. 288.

21. Carlotta De Menech, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, CEDAM, Padova, 2019.

Para los hechos alcanzados por la cosa juzgada, se establece que el juez de ejecución debe revocar la sentencia de condena y adoptar el nuevo régimen.

En cuanto a la derogación de delitos y nuevas sanciones pecuniarias civiles, se trata de la mayor novedad de la reforma ya que deroga normas penales tradicionales (arts. 485, 486, 594, 627 y 647 del C.P., que mencionaré en detalle más adelante) y; en otros casos, como en el delito de daño, se desincrimina la figura no agravada.

Los delitos mencionados quedan sujetos, en caso de ser dolosos, no solo al resarcimiento del daño civil, sino al pago de una sanción pecuniaria que va de 100 a 8.000 euros según el caso. Además, se ha establecido un régimen de prescripción de 5 años para la imposición de la sanción pecuniaria a través de una remisión al código civil italiano (art. 2947).

Del mismo modo, queda en el plazo del proceso civil la mensuración de la pena, la reiteración en el ilícito y el concurso de personas en el delito.

Así pues, se establecen dos grandes hitos, por un lado, la despenalización de delitos a través del decreto legislativo nro. 8, es decir, su transformación en ilícitos administrativos y, por el otro, la derogación de delitos y la introducción de sanciones civiles a través del decreto nro. 7.

A continuación, analizaré el contenido de las normas.

2. El Decreto Legislativo 8/2016

El decreto de epígrafe no presenta dificultades sistemáticas, en la medida en que sustituye las sanciones penales por sanciones administrativas respecto de tres grandes grupos de delitos, es decir, es lo que hemos denominado hasta aquí, despenalización en sentido estricto y por eso he preferido exponerlo en primer lugar.

Los tres grandes grupos de delitos alcanzados por esta normativa son:

- a) Ilícitos sancionados solo con pena pecuniaria (multa). El artículo 1 del decreto establece que ya no constituyen delito y quedan sujetas a las sanciones administrativas (consistentes en el pago de una suma dineraria) todas las violaciones para las cuales se prevé la pena de multa. Es de destacar, en este caso, que aquellos delitos que en la hipótesis agravada se sancionan con pena privativa de la libertad de manera

separada, alternativa o conjunta, a la sanción pecuniaria se consideran tipos autónomos y por tanto quedan exceptuados del principio general. Respecto del principio general, el decreto deja a salvo y por tanto continúan vigentes:

- los delitos reprimidos solo con pena pecuniaria previstos en el código penal. Tal es el caso del vilipendio a la bandera o nación italiana –arts. 291 y 292 del código penal–. Quedan exceptuados en esta categoría los delitos contra la moral pública o el lenguaje grosero –art. 726 del código penal– que sí pasan a ser despenalizados.
 - los delitos reprimidos solo con pena pecuniaria previstos por la ley de inmigración, aunque queda como delito, por ejemplo, la inobservancia de la prohibición de acercamiento decretada por la fuerza de seguridad –delito previsto en el artículo 14 inc. 5 ter. de la ley.
 - delitos reprimidos con pena pecuniaria, previstos por una serie de normativas especiales, concretamente indicadas en el anexo del decreto y ordenados por materia. Así pues, se despenalizan delitos relativos a las cuestiones edilicias y urbanísticas, ambiente, territorio y paisaje; alimentos y bebidas, seguridad e higiene en los lugares de trabajo, seguridad pública, juegos de azar, armas y explosivos, elecciones y financiamiento de los partidos y propiedad intelectual.
- b) Algunos delitos previstos por el código penal, nominativamente enumerados, que ya se encontraban sancionados con penas privativas de la libertad de modo único, conjunto o alternativo a penas pecuniarias. Por ejemplo, los actos obscenos del artículo 527 inc. 1 del código penal (el hecho, ya despenalizado en su figura culposa en 1999, conserva solo relevancia penal en caso de que se cometa dentro o en las cercanías de un lugar al que concurren niños).
- publicaciones y espectáculos obscenos, art. 528 inc. 1 y 2 del código penal.
 - rechazo de prestar ayuda en caso de tumulto –art. 652 del código penal.
 - abuso de la credulidad popular –art. 661 del código penal.
 - representaciones teatrales o cinematográficas abusivas, conforme al art. 668 del código penal.
- c) Delitos previstos por leyes especiales, también en estos casos, ya reprimidos con penas privativas de la libertad, separada, conjunta o alternativas a las penas pecuniarias.

Los delitos están enumerados en el artículo 3 del decreto legislativo nro. 8/2016 y, según expresan los especialistas italianos en el tema, la hipótesis más relevante para la praxis la representa la despenalización de la omisión del depósito de las retenciones previsionales por importes inferiores a diez mil euros (art. 2, inc. 1 bis d.l. n. 463/1983).

La lista de delitos despenalizados incluye:

- el cultivo de estupefacientes para uso terapéutico sin la correspondiente autorización (art. 28 inc. 2, d.p.r. 309/1990).
- manejar sin la licencia de conducir (art. 116 inc. 15 del D. Lgs. 285/1992). En este caso, sin embargo, queda exceptuada la figura agravada, es decir, cuando se produce reincidencia dentro de los dos años, lo cual convierte en punible el delito, no solo con la pena de multa sino también con la de arresto.
- violación de la obligación de identificación y verificación de la clientela por parte de los intermediarios financieros (art. 55 inc. 1 D. Lgs. 231/2007).
- omisión de registración de datos por parte de los sujetos obligados a hacerlo según la normativa contra el lavado de activos (art. 55 inc. 4 D. Lgs. 231/2007).
- impedir el control a los inspectores de la Comisión Nacional Italiana del Mercado de Valores -CONSOB (art. 26 D. Lgs. 39/2010).
- omisión de transmitir el listado de protestos cambiarios por parte del oficial público (art. 235 r.d. 267/1942).
- emisión de cheques por parte de institutos no autorizados o con autorización revocada (art. 117 r.d. 1736/1933).
- interrupción voluntaria del embarazo sin haber observado las modalidades indicadas por la ley (art. 19, inc. 2, l. 194/1978).
- violación de las normas para la instalación del uso de artefactos radioeléctricos privados (art. 11 r.d. 234/1931).
- concesión abusiva en alquiler de obras tuteladas por el derecho de autor (art. 171-quater l. 633/1941).
- omisión de denuncia de bienes objeto de secuestro o confiscación adoptadas por el “sedicioso” estado republicano (art. 3 del D. Lgs. Del lugarteniente 506/1945).²²

22. Si bien no he efectuado precisiones respecto de los delitos que vengo enumerando –y que en algunos casos debo admitir me han despertado una curiosidad tal de profundizar

- alteración de contraseña de máquina herramienta (art. 151, 1329/1965).
- instalación o ejercicio de instalación para la distribución de aire acondicionado en salas náuticas o locales de timoneles (art. 3. Ley 16 junio de 1939, nro. 1045).
- contrabando en el transporte de mercaderías a través de los límites terrestres y espacios aduaneros (art. 282 d.p.r. 43/1973).
- contrabando en el transporte de mercaderías en los lagos de frontera (art. 283 dpr 43/1973).
- contrabando en el transporte marítimo de las mercaderías (art. 284 d.p.r. 43/1973).
- contrabando en el transporte de las mercaderías por vía aérea (art. 285 d.p.r. 43/1973).
- contrabando en las zonas “extraaduaneras” (art. 286 d.p.r. 43/1973).
- contrabando por uso indebido de mercaderías importadas con facilidades aduaneras (art. 287 d.p.r. 43/1973).
- contrabando en los depósitos aduaneros (art. 288 d.p.r. 43/1973).
- contrabando en cabotaje y en la circulación (art. 289 d.p.r. 43/1973).
- contrabando en la exportación de mercaderías que admiten restitución de derechos (art. 290 d.p.r. 43/1973).
- contrabando en la importación o exportación temporal (art. 291 d.p.r. 43/1973).
- otros casos de contrabando (art. 292 d.p.r. 43/1973).
- pena para el contrabando en caso de falta o incompleta certeza del objeto del delito (art. 294 d.p.r. 43/1973).

En cuanto a la graduación de la sanción administrativa pecuniaria, se determina de la siguiente manera:

sobre la legislación— en este caso en concreto considero indispensable realizar ciertas aclaraciones. Durante la Segunda Guerra Mundial y ante el avance irrefrenable de las tropas aliadas desde el sur, se constituyó en el norte de Italia la denominada República de Saló. Desde ese reducto, Mussolini mantuvo un gobierno títere de la Alemania nazi, desde donde emanó una serie de instrumentos legislativos. Uno de esos fue el decreto “lugarteniente” 506/1945 en el que se sancionaba a quien no denunciara la actividad de la república.

- a) de 5.000 a 10.000 euros para los delitos sancionados en la actualidad con multa no superior en el máximo a 5.000 euros;
- b) de 5.000 a 30.000 euro si no excediese en la actualidad los 20.000 euros y;
- c) de 10.000 a 50.000 euros para los delitos cuya multa excediese los 20.000 euros.

3. El decreto legislativo nro. 7/2016

El decreto de epígrafe prevé la derogación de algunos delitos incluidos en el código penal y la introducción de los delitos sancionados con penas civiles. Es decir, a diferencia de la “despenalización”, lo que aquí se hace es directamente derogar la figura e introducir sanciones civiles.

Se derogaron los siguientes delitos:

- falsificación de escrituras privadas²³ y abuso de firma en blanco (art. 485 y 486 C.P.).
- la injuria (art. 594 C.P.).
- la sustracción de cosas comunes (art. 627 C.P.) la apropiación de cosas perdidas, de tesoros y de otras cosas obtenidas por error o caso fortuito (art. 647 C.P.).

Respecto del delito de daño, el decreto introdujo una modificación al artículo 635 del Código Penal, de modo que se excluyó la relevancia penal del delito de daño simple, no cometido con amenaza, violencia a las personas o en ocasión de manifestaciones en lugares públicos.

Asimismo, se modificaron una serie de artículos para ajustarlos a las normas anteriormente citadas, de modo de lograr cierta congruencia con el esquema prefijado.

Se reformuló el artículo 488, a través de la eliminación de la referencia a “documentos privados” y su aplicación residual prevista en el artículo 487 del C.P.

23. En Italia, escritura privada es todo documento escrito (incluso por terceros o con medios mecánicos) y suscripto con firma de las partes, que puede contener una declaración de voluntad. He realizado una traducción literal del término para evitar confusiones, ya que podría traducirse como “documento privado” o “contrato” con igual resultado.

Se derogó el segundo inciso del artículo 489 relativo al uso de documento falso en caso de que sea un documento privado de parte de quien no hubiese participado en la falsedad, sin perjuicio de lo cual se mantiene la penalización de la conducta de uso de testamento ológrafo falso, cheques o títulos de crédito transferibles por endoso o al portador falso. Esto quedó incorporado al artículo 491 inc. 2 del código penal.

La referencia al documento privado verdadero, previsto en el artículo 490 del C.P. que sanciona la supresión, destrucción u ocultamiento, fue sustituida con la remisión al testamento ológrafo o al cheque o título de crédito transmisible por endoso o al portador siempre que la conducta sea con fines de procurarse para sí o para terceros una ventaja o de generar un daño y se derogó el segundo inciso del artículo 490 del C.P.

Se modificó el título del artículo 491 que pasa a llamarse “falsedad en testamento ológrafo, cheques o títulos de crédito” y el contenido de la norma, con el objeto de conservar la relevancia penal de las falsedades en testamento los casos mencionados, los cuales, previamente, eran en realidad agravantes del delito de falsificación de escrituras privadas (arts. 485, 488 y 490 C.P.).

Queda sin modificaciones, para las mismas conductas, la sanción prevista en el artículo 491 originario en lugar de la pena establecida por el artículo 485 del código penal para la falsedad material en escritura privada. Es decir, la aplicación de las penas previstas en la primera parte del artículo 47 y en el artículo 482 C.P. (siempre que el hecho sea cometido por un funcionario público o un privado). El modificado inciso segundo del artículo 491 C.P. implica, en cambio, la regulación aplicable al sujeto que, sin haber tomado parte de la falsificación hace uso de los instrumentos mencionados, siéndole aplicable la pena prevista por el art. 489 C.P. (uso de documento público falso).

Así pues, al carecer de relevancia penal la falsedad de la escritura privada, con las salvedades oportunamente señaladas, se eliminaron también del código las disposiciones del artículo 491 bis que legislaba sobre la falsedad de los documentos privados informáticos con eficacia probatoria.

Se modificó el art. 493-bis del C.P., que regula los casos de delitos de instancia privada, eliminando las referencias a los derogados artículos 485 y 486 del C.P., manteniéndose la regla de oficialidad respecto de las conductas falsificadoras en los casos en que afecten un testamento, cheques o títulos de créditos endosables o al portador.

4. Aspectos procesales

Al producirse la mentada despenalización, surge como lógica consecuencia el cambio de competencia en el delito en detrimento del juez penal.

De tal suerte, para la imposición de las sanciones administrativas introducidas por el 8/2016, se remite, en cuanto a procedimiento se refiere a las disposiciones previstas en la antigua ley 689/1981 (art. 6 d. lgs. 8/2016) que establecía en su primer capítulo una serie de parámetros concretos para la imposición de la sanción.

Por su parte, el art. 7 del d. lgs. 8/2016 individualiza la autoridad competente para imponer las mismas sanciones administrativas, estableciendo las siguientes cuestiones:

- en los casos de las infracciones previstas en el artículo 1 (delitos que se encuentran fuera del código penal sancionados con pena de multa) se dispone la competencia de la autoridad administrativa. En caso de que no hubiese previsión al respecto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 de la ley 689/1981, corresponde la actuación del “Prefetto”²⁴ para las violaciones en materia de tránsito o del Ministerio, gobierno regional, provincial o municipal dependiendo de la materia a la cual pertenece la infracción.
- para las infracciones del artículo 2 (delitos del código penal) la competencia es del “Prefetto”.
- para las violaciones al artículo 3 (delitos previstos por leyes especiales e indicados específicamente) entre los que se encuentra la omisión de depósito de las retenciones asistenciales o previsionales (por un importe inferior a 10.000,00 euros anuales) se mantiene la competencia de la autoridad ya oportunamente establecida, es decir la “INSP” (administración de la seguridad social), la SIAE para las violaciones a las cuestiones de derecho de autor, para las infracciones previstas en el

24. El “Prefetto” es un órgano periférico de la administración estatal con competencia general y funciones de representación gubernamental a nivel provincial, es una institución compleja que carece de paralelo en el derecho argentino. Es dable sí, descartar la trampa de traducirlo como Prefectura o Prefecto. Asimismo, ostenta la autoridad provincial de seguridad pública, ejerce todas las funciones de la administración periférica del Estado que no hubiesen sido expresamente delegadas en otros organismos, entre otras funciones.

decreto del Presidente de la República 309/199 en materia de estupefacientes, el “Prefetto”.

En cambio, queda expresamente previsto cuáles son las autoridades competentes para la imposición de las sanciones administrativas para los casos de uso o instalación de aparatos radioeléctricos privados y para la emisión de licencias de construcción, venta y montaje de materiales radioeléctricos (Ministerio de Desarrollo Económico) y la autoridad municipal resulta competente para los casos de expedición de autorización para la instalación o puesta en marcha de puestos de distribución de carburantes para las infracciones previstas por el d. lgs. 32/1998. Para el resto de los casos, debe intervenir el “Prefetto”.

Vale destacar, sin embargo, que, en caso de especificarse una autoridad distinta a aquella judicial, se aplica el principio general por el cual si el órgano administrativo no se considera competente para aplicar la sanción debe remitirla al organismo pertinente.

Queda pendiente, por otro lado, la cuestión del régimen intertemporal, es decir, qué ocurre con las causas en trámite.

El art. 8 del d. lgs. n. 8/2016, derogando lo previsto por el artículo 1 de la ley nro. 689/1981 –coherentemente a lo establecido por el régimen transitorio dispuesto por la misma ley y por el decreto legislativo nro. 507/1999–, establece que las sanciones administrativas para los delitos despenalizados (con excepción de las eventuales sanciones administrativas accesorias) se aplican retroactivamente con el límite de la cosa juzgada.

A los fines de evitar todo tipo de conflicto jurisprudencial, sin embargo, la ley prevé en el artículo 9 del d. lgs. 8/2016 que, en caso de procesos correspondientes a delitos despenalizados y transformados en administrativos en curso, la autoridad judicial, dentro de los noventa días de la fecha de entrada en vigor de mismo decreto, debe disponer la remisión de las actuaciones a la autoridad administrativa competente, salvo que el delito esté prescripto o extinto por otra causa a la misma fecha.

En tanto no prevé consecuencias o sanciones por incumplimiento, se entiende que es un plazo ordenatorio. Sobre la forma de ejecutar el final del proceso penal, se recurre a las disposiciones del artículo 129 del código procesal penal, que establece la fórmula “el hecho no se encuentra previsto en la ley como delito”. Esto incluso puede ser planteado a través de recurso de apelación.

Por otro lado, si la acción penal aún no fue impulsada, la remisión de las actuaciones la dispone directamente el Ministerio Público que, en caso de procedimiento escrito, debe anotar dicha remisión en el registro de noticias de delitos.

Si se considera extinguida la acción por cualquier causa, el Ministerio Público solicita el archivo según las normas del código procesal.

En cuanto a los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto no puede aplicarse una sanción administrativa pecuniaria superior al máximo de la pena originalmente establecida por el delito. Es decir, si el delito, por ejemplo, prevé una sanción de multa, la sanción administrativa debe ser menor que aquella.

En caso de que la sanción sea de especie distinta, el código penal prevé en su artículo 135 un sistema de equivalencias por el cual se calculan 250 euros o fracción de 250 de pena pecuniaria por un día de detención.

Si, por el contrario, los procedimientos penales para los delitos despenalizados han sido ya finalizados antes de la entrada en vigencia del decreto mediante sentencia de condena o cosa juzgada, el juez de ejecución debe revocar la sentencia o el decreto declarando que el hecho no se encuentra previsto por la ley como delito y debe adoptar las medidas pertinentes de conformidad con lo dispuesto por el artículo 667 del código procesal penal.

Esto implica que se realice mediante resolución adoptada sin audiencia previa ni formalidad alguna, sin perjuicio de lo cual debe notificarse al Ministerio Público –que puede oponerse– y al imputado y a su defensor, quienes también pueden manifestar su oposición dentro de los quince días de la notificación.

En ese caso el juez de ejecución decide previo realizar una audiencia con la presencia de ambas partes. Debe resaltarse que, en este supuesto, no se envían las actuaciones a la autoridad administrativa puesto que se considera que la cuestión es cosa juzgada.

La doctrina ha señalado, sin embargo, la existencia de un problema no previsto, esto es, el destino de la confiscación eventualmente dispuesta en la sentencia firme que tiene por objeto una condena.

La ley de delegación no prevé nada en relación con la cuestión, pero el legislador, no obstante, intervino igualmente a partir de las discrepancias jurisprudenciales que surgieron a raíz de la aplicación retroactiva de las sanciones administrativas en los delitos despenalizados.²⁵

25. Por ejemplo, Cass., Sez. Un., 1327/2005, Li Calzi y Cass., Sez. Un., 7394/1994, Mazza.

Sobre el punto, la jurisprudencia se ha inclinado por considerar que, si se realizó una transferencia a título originario de los bienes secuestrados al patrimonio del Estado, una vez considerada irrevocable la sentencia, la situación jurídica concreta debe considerarse agotada y la desincriminación de la conducta no puede afectar la situación preexistente.²⁶

Como cierre del capítulo, vale decir que el artículo 5 inciso primero del decreto legislativo nro. 8 de 2016 dispone que, cuando los delitos convertidos en ilícitos administrativos en los términos del decreto prevén hipótesis agravadas y excluidas de la despenalización, por reincidencia debe entenderse la “reiteración del ilícito despenalizado”.

En el decreto legislativo nro. 7, por su parte, no se han consignado aspectos procesales trascendentes, más allá de la competencia del juez civil para resolver los conflictos en detrimento del fuero penal o la administración.

En ese sentido, establece que las sanciones pecuniarias civiles se aplican a través del juez que conoce sobre la acción del resarcimiento del daño y resuelve sobre la sanción civil al final del juicio en caso de acoger la demanda de resarcimiento de la persona ofendida. Para ello, la notificación debe ser fehaciente, ya que el juez no puede imponer la sanción contra quien no conoce el proceso.

Por lo demás, se aplican en su totalidad las disposiciones del código procesal civil.

Ahora bien, se ha señalado hasta aquí el marco teórico sobre el cual se desarrollará la presente investigación; en lo sucesivo, se abordará el campo práctico, es decir, cómo esta ley impactó en los tribunales italianos.

26. Ver por ejemplo, sentencia de la Casación nro. 552/1997 en la cual se consideró legítimo el mantenimiento de la confiscación en el caso de tenencia injustificada de valores, delito previsto en el artículo 708 del código penal y que fuera declarado inconstitucional por la corte constitucional en 1996 (sentencia del 17 de octubre de 1996 nro. 370).

Parte 2

III. La reacción jurisprudencial

A. Análisis de sentencias

Como sostuve al inicio del trabajo, para conocer la repercusión práctica de las normas despenalizadoras debemos tomar contacto con la manera en que se instrumentó ante los tribunales. Esto nos dará un parámetro de la reacción jurisprudencial frente a las normas y su modo de aplicación.

1. Despenalización y mitigación

Como inicio en el camino del análisis de jurisprudencia investigada, habré de referirme a una sentencia muy interesante de la Corte Constitucional. Resulta además trascendente porque no es común que el tribunal que interpreta la Constitución se aboque a temas que podrían entenderse de “derecho común” en la medida en que para ello está la casación.

Pues bien, en su sentencia nro. 223 del 25 de noviembre de 2018, el tribunal constitucional admitió el recurso a los fines de analizar el contraste entre los arts. 25 inc. 2 y 117 inc. 2 de la Constitución italiana con relación al art. 7 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, elevados por la casación civil en el ámbito de procedimientos relativos a sanciones administrativas impuestas por el CONSOB.²⁷

En ese sentido, explica que, obviamente, la aplicación retroactiva del tratamiento sancionatorio resultante de la despenalización no contrasta con el art. 25 inc. 2 de la Constitución, si redundando concretamente en un favorecimiento de la situación que la ley vigente establecía a la fecha de comisión del hecho.

De adverso, una norma transitoria que imponga retroactivamente nuevas sanciones administrativas punitivas, si puestas en un contexto general

27. El artículo 25 de la Constitución italiana se refiere al principio *nulla poena nulla crime sine lege*.

importan un tratamiento desfavorable para el reo, contrasta con el mentado art. 25, inc. 2 de la Constitución.

La Corte Constitucional, entonces, fija un claro parámetro en cuanto a que la despenalización de un delito no necesariamente es automáticamente ley penal más benigna, sino que debe analizarse de modo concreto en cada caso.

Es así como se adentra en la resolución del caso, afirmando que el impacto de la sanción administrativa sobre los derechos fundamentales de las personas no puede ser subestimado y, además, ha ido creciendo en la legislación vigente.

Sostiene la corte en el fallo que un ejemplo paradigmático de esta elevada carga afflictiva la constituye el régimen vigente del art. 187 bis t.u.i.f. (texto único sobre las intermediaciones financieras), en la versión del decreto legislativo nro. 107/2018, que:

“prevé una sanción administrativa que puede alcanzar, a cargo de una persona física, el importe de cinco millones de euros, que pueden ser aumentados en los términos del inciso 5 del mismo art. 187-bis hasta el triple (15 millones de euros) o hasta alcanzar el mayor importe de diez veces la ganancia conseguida o bien las pérdidas evitadas por efecto del ilícito”.

Tales sanciones pecuniarias son, además, aplicadas en manera conjunta a las sanciones de carácter interdictivo previstas por el art. 187-quater del decreto legislativo nro. 58 de 1998, que limitan fuertemente las opciones profesionales –y, por tanto, el derecho a trabajar– de los sujetos alcanzados por la sanción. Amén de la confiscación prevista también por ley por el equivalente del producido del ilícito.

Considera la corte que esto genera un efecto estigmatizante y señala una particularidad: que ninguna de estas sanciones puede ser suspendida o ejecutada de modo condicional como sí ocurre con la pena.

Así concluye que, frente a este escenario, la presunción de *favor rei* del tratamiento sancionatorio administrativo respecto al anterior de la esfera penal, en la hipótesis de despenalización de un hecho precedentemente constitutivo de delito, no puede entenderse hoy como meramente relativa, de modo de dejar espacio a la posibilidad de demostrar, caso por caso, que el nuevo tratamiento sancionatorio administrativo previsto por la ley de despenalización, resulte, en concreto, más gravoso que el anterior.

Con estas consideraciones, decretó que la norma que prevé la aplicación retroactiva de las normas despenalizadoras a estos casos resulta inconstitucional.

2. Procedimiento

Uno de los aspectos que genera interés es determinar cómo se instrumenta la despenalización respecto de las causas en trámite. Si bien los decretos legislativos establecieron ciertos parámetros procesales para estos casos, lo cierto es que muchas veces la cantidad de causas hace que no todas desanden el camino esperado o bien, queden dudas en cómo proceder frente a los casos de condenas firmes.

Rápidamente luego de la reforma, el Ministerio de Justicia libró, a través de la Dirección Nacional de Justicia Penal, una circular en la que estableció una serie de parámetros a seguir luego de la entrada en vigor de los decretos legislativos, fundamentalmente en el plano procesal.²⁸

En esa línea, el Tribunal de Turín estableció un procedimiento público para estas hipótesis que se encuentra publicado en su página web.²⁹

Allí se explica en primer lugar quién puede solicitar al juez la aplicación de los decretos legislativos de despenalización y la consiguiente declaración de que el hecho no se encuentra previsto en la ley como delito. En concreto, explica que puede solicitarlo el indagado, imputado o quien ya hubiese sido condenado (siempre que ya no haya procedido en su favor el Ministerio Público).

A continuación, se explica dónde debe formalizarse la solicitud, que debe ser presentada por escrito, el cual debe estar dirigido:

- durante el procedimiento: a la autoridad judicial interviniente, dejando el escrito por secretaría.
- si el procedimiento ya fue definido con sentencia o con decreto irrevocables, debe ser presentado ante el juez de ejecución, presentándolo en secretaría.

28. [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1\(2016\)&facetNode_3=1_1\(201603\)&facetNode_2=4_10&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC1226278](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1(2016)&facetNode_3=1_1(201603)&facetNode_2=4_10&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC1226278).

29. <http://www.tribunale.torino.giustizia.it/it/Content/Index/43781>.

Acto seguido explica cómo se desarrolla el procedimiento, puntualizando en primer lugar que en los casos de procedimientos por delitos que se encuentran en trámite al 6 de febrero de 2016, resulta innecesario que el interesado realice alguna acción, salvo que quiera solicitar de modo urgente el “cierre” del procedimiento a la autoridad judicial.

Ahí mismo explica que los efectos de la “despenalización” serán aplicados de oficio, a través de la remisión automática de parte de la autoridad judicial a la administrativa competente de todos los actos procedimentales de los delitos transformados en ilícitos administrativos (a menos que el delito haya ya prescrito o se haya extinguido por cualquier otra causa).

Aclara, sin embargo, que cuando la violación administrativa sea objetivamente conexas a un delito, el procedimiento continúa en sede penal y el juez decidirá también sobre la infracción administrativa.

En cambio, en los procesos relativos a hechos despenalizados que ya tengan sentencia o decreto de condena irrevocable, se exige la acción del imputado o de su defensor, incluso si en teoría esta medida podría llevarla adelante el Ministerio Público.

En este caso, debe dirigirse al juez de ejecución, solicitando la revocatoria de la sentencia o el decreto, declarando que el hecho no se encuentra previsto por la ley como delito y proveer de conformidad. Recibida la solicitud, el juez provee sin formalidad y emite una resolución que se notifica al Ministerio Público y al interesado.

Finalmente, explica cómo poder identificar al juez de ejecución que corresponde para cada caso en particular. En el anexo documental puede encontrarse el modelo de escrito que ofrece el tribunal.³⁰

3. La cuestión de la reincidencia

Como sostuve *ut supra*, los decretos legislativos nros. 7 y 8 trataron la cuestión de la reincidencia, estableciendo a quién debía considerarse reincidente y a quién no en base a los criterios de la despenalización.

30. También el tribunal de Foggia adoptó un temperamento similar en su página web: http://www.tribunale.foggia.it/docs/80005800711/pagine/modulistica/settore_penale/modulo_revoca_provvedimento_abolizione_reato.pdf.

No obstante, surgieron ciertos inconvenientes. Al respecto, por ejemplo, la Sala IV de la Cámara de Casación consideró que el artículo 5° mencionado no tiene una mera disposición interpretativa, sino que, antes bien, es parte integrante de la norma incriminadora para la definición de la reincidencia, de la cual se introduce un concepto más amplio, es decir, subsistirá la agravante no solo si existe un precedente judicial específico, sino también, cuando se reitere un ilícito administrativo definitivamente acreditado.

Sin embargo, ante la extensión de la base de la configuración de la agravante por reincidencia, el tribunal considera que, en virtud del principio de legalidad, el artículo 5° no puede aplicarse para los hechos cometidos antes de la entrada en vigencia del decreto legislativo nro. 8 de 2016. Así pues, con anterioridad al 6 de febrero de 2016, el antecedente relevante a los fines de la subsistencia de la reincidencia se dará únicamente mediante la acreditación judicial de un antecedente de la misma especie.

4. La falsificación de escritura privada

De los delitos que fueron alcanzados por la *abrogatio* del decreto legislativo nro. 7, la falsificación de escritura privada es de las más trascendentes. Sin embargo, la permanencia en el ordenamiento jurídico de las figuras agravadas conexas a este delito ha llevado a conflictos jurisprudenciales.

Citaré, en ese sentido, un fallo de la Sala II de la casación, la cual mediante sentencia nro. 4951 del 17 de enero de 2017 explicó los alcances del decreto en lo que a este delito respecta.

El tribunal toma conocimiento a partir del recurso interpuesto contra la resolución por la cual la Cámara de Apelaciones de Trento confirmó la sentencia del Tribunal de Trento que condenó a la imputada por los delitos de tentativa de estafa, de uso de documento falso, dado que esta, en concurso con otras personas no identificadas, utilizó ardidés o engaños (consistentes en el uso de una escritura privada falsa, con firma y sello apócrifos del escribano) con el fin de procurarse un beneficio ilegítimo consistente en la solicitud del pago del saldo de una factura.

Sostuvieron los jueces que de la lectura de la imputación se desprende una acusación alternativa entre los artículos 485 y 489 del C.P., aunque luego, tanto de la misma imputación como de la sentencia de grado, resulta claro que la recurrente se defiende por el hecho de haber hecho uso de una escritura privada con firma falsa.

De tal suerte, teniendo en cuenta que el decreto legislativo nro. 7 de 2016 derogó el delito de falsedad de escritura privada previsto en el artículo 485 y el inciso 2 del artículo 489 (uso de documento falso), sostienen los jueces que: “es evidente que del contexto normativo surge que tampoco el uso de la escritura privada está previsto en la ley como delito”.

Si bien la solución parece lógica y evidente, el problema surge a poco que se advierten ciertas cuestiones de técnica legislativa. Me refiero concretamente a la diferencia entre “escritura privada” y “documento”. Veamos.

La casación enuncia este principio sobre la base de las siguientes consideraciones, lógicas y jurídicas: a) mientras el art. 489 C.P., inc. 2, hacía expresa referencia al término “escritura privada” el texto normativo vigente se remite a la figura más genérica de “documento falso”; b) en el concepto reseñado, de “documento falso” no pueden ser incluidas las escrituras privadas tanto por expresa eliminación de la parte de la norma que las consideraba como por el hecho de que la misma norma prevé una sanción (“subsisten las penas establecidas en los artículos anteriores reducidas en un tercio”) que fueron reducidas a través de la derogación del art. 485 C.P., haciendo perder de tal suerte todo parámetro normativo; c) sería un poco ilógico (si no incluso inconstitucional) que el legislador haya establecido que no es más delito falsificar una escritura privada mientras se continúa sancionando la conducta indudablemente menos grave de usarlo; d) mientras de conformidad con el texto del art. 489 C.P., vigente al momento de las conductas bajo examen, el legislador exigía para la punibilidad del uso de la escritura privada falsa un elemento ulterior –dolo específico– que era el fin de procurar para sí o para terceros una ventaja o de provocar un daño a otro, actualmente el uso de la escritura privada falsa sería punible a mero título de “dolo genérico”, extendiendo así la hipótesis de punibilidad del uso de dicha escritura.

Es justamente en virtud de estas observaciones que la casación consideró que la única lectura posible y constitucionalmente orientada en el contexto normativo descrito es que la hipótesis específica del uso de la “escritura privada” falsa respecto a aquella más genérica de uso de un “documento falso” lleva como consecuencia que el uso de una “escritura privada” no se encuentra previsto por la ley como delito.

En un fallo de similares características, la Sala II, el día 5 de marzo de 2019, mediante sentencia nro. 24165, consideró que la falsificación de un título de crédito bancario, munido de la cláusula de “no transferible” como es el cheque circular, ingresa en la hipótesis de falsedad de escritura privada

(art. 485 C.P.), actualmente despenalizada y no en el delito de falsedad de testamento ológrafo, letra de cambio o título de crédito (art. 491 C.P.), que sí sanciona a la falsedad sobre instrumentos de crédito.

5. Actos obscenos

El delito de actos obscenos produce una alarma social profunda, por lo cual el legislador dejó penalizada la conducta para aquel que la realice en las inmediaciones de lugares frecuentados por menores.

Fue en base a este argumento que la casación italiana (Sala III penal, sentencia nro. 10025 del año 2017) tuvo intervención a raíz del recurso interpuesto por el fiscal contra la absolucón del imputado decretada el 13 de abril de 2016 por el tribunal de Vicenza y la remisión de las actuaciones al "Prefetto".

Sostuvo el fiscal que el hecho en concreto que se juzgaba, la figura de actos obscenos, se mantenía vigente ya que el imputado había desplegado la conducta dentro de su rodado y frente a una menor de edad.

La casación, sin embargo, rechazó el recurso, considerando que la presencia de la menor de ningún modo podía considerar satisfecha la hipótesis prevista por la penalización vigente que exige que sea desplegada en las inmediaciones de un lugar frecuentado por menores y recordó que, por el principio de ley penal más benigna, la despenalización de los delitos también se aplica a aquellos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto legislativo.

6. Calumnias e injurias. La falta de interés en el recurso

Un interesante fallo que amerita su cita lo emitió la sala VII de la casación, la cual mediante sentencia nro. 56482 del año 2018 rechazó el recurso del Procurador contra la sentencia que dispuso el archivo de las actuaciones respecto de un imputado por calumnias e injurias por remisión de la querrela.

El recurrente pretendía que se declarase la inobservancia de normas procesales ya que, a su criterio, la despenalización del delito de injuria deriva en el cese de la jurisdicción, el cual debe ser declarado de oficio antes de adoptar cualquier temperamento.

Al respecto, explicó el tribunal que el recurso resultaba inadmisibile en la medida en que no perseguía ningún resultado procesalmente útil y cuya consecuencia en nada alteraría lo ya resuelto.

En tal sentido, con cita a diversos antecedentes consideró que la ausencia de todo tipo de eventual beneficio que el recurrente podía obtener derivaba de modo lógico en el rechazo del recurso.

En una línea similar, el Tribunal de S. Maria de Capua, en su sala III, mediante sentencia 17/10/2018, n. 5038, entendió que cuando el delito se extingue por prescripción, la causa extintiva de la misma prevalece solo si se cumplió con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la norma despenalizadora.

7. Negociación de la pena

La Sala IV de la casación, el día 16 de junio de 2019 en la sentencia nro. 27897, debió intervenir en un caso en el que se había negociado la pena (el denominado “*patteggiamento*”). Ocurre que entre los delitos por los cuales se había transado el acuerdo, se encontraba uno que había sido despenalizado.

Sobre el punto, los jueces explicaron que, en caso de negociación de la pena por una pluralidad de delitos, si en el trámite del juicio el delito base o una de las infracciones “satélite” se despenalizan, cae uno de los elementos esenciales del contenido del acuerdo.

Así pues, dado que todos estos elementos han llevado a aceptarlo, el cambio de los términos lleva indefectiblemente a la anulación de la sentencia para una nueva evaluación de las partes en tanto la derogación incide de modo significativo respecto a la evaluación integral de la conducta imputada.

8. Destino del material secuestrado

Otros casos que interesan a los fines de la resolución de conflictos suscitados con los decretos legislativos de referencia, resultan aquellos en los que, además de la conjuración del delito, se produce la confiscación del producido.

En este caso, el Tribunal de Foggia, había condenado a una imputada a la pena de 3.500 euros de multa por haber sido detenida vendiendo cigarrillos sin autorización. Contra esa resolución, interpuso recurso del defensor, quien, entre varios motivos, se agravió de la confiscación dispuesta sobre el material secuestrado.

Fue así que la sala VII de la casación, en su sentencia nro. 56577 del año 2018, sostuvo que la confiscación de la mercadería, en este caso cigarrillos, y su destrucción resultaba obligatoria.

Del mismo modo, explicaron los jueces que aun en la hipótesis de inadmisibilidad del recurso, la despenalización del delito de que se trata deriva en la exigencia de remitir las actuaciones al organismo administrativo competente, el cual debe resolver sobre el destino del material secuestrado de conformidad con su competencia.

En razón de ello, en virtud de lo dispuesto por los decretos legislativos de despenalización, sin reenvío de las actuaciones al tribunal de origen, se declaró inadmisibile el recurso y dispuso la remisión al organismo administrativo.

9. Carácter personal de la sanción

Si bien el fallo que cito no es de alcance nacional, puesto que fue emitido por el tribunal de Milano (sala I, 25/10/2018, nro. 10142), lo cierto es que también aparece como relevante que se haya dejado asentado que el principio de responsabilidad personal de la sanción penal también alcanza al ilícito administrativo.

Ello, consideraron los jueces, por cuanto a partir de la entrada en vigor de las leyes 689/1981, 317/1967 y 317/1967, la transformación de los ilícitos penales en administrativos mantiene los mismos tipos legales.

De tal suerte, se desprende que, al igual que la responsabilidad penal, también la responsabilidad por el ilícito administrativo tiene naturaleza estrictamente personal, por lo cual, la muerte o extinción del transgresor (en este caso persona jurídica) conlleva, al igual que la muerte del reo, la imposibilidad de imponer a otros las sanciones previstas.

En el caso particular, la extinción de la sociedad a la cual se le debían imputar los actos ilícitos no permite que estos sean transmitidos a socios y a liquidadores.

10. La cuestión civil en los procesos ya terminados

El caso de epígrafe trajo aparejados reales inconvenientes jurisprudenciales que tuvieron que ser zanjados por la casación en pleno. En concreto, mediante la sentencia nro. 46.688 del 29/09/16 el máximo tribunal resolvió una serie de opiniones encontradas de diversas salas en orden a la posibilidad de parte del juez revisor de poder decidir sobre la cuestión civil de la

sentencia impugnada, aun cuando el delito bajo examen estaba incluido en las leyes de despenalización.³¹

Es decir, qué ocurre cuando se resolvió la cuestión civil en un proceso penal respecto de un delito que quedó luego transformado en ilícito civil. Sobre el punto, las dos corrientes jurisprudenciales opuestas pregonaban, una la firmeza de la resolución adoptada en el contexto civil, y la otra que debía revocarse la totalidad de la sentencia, quedando subsistente el régimen del dec. legs. nro. 7.

Sobre el punto, se afirmó que, en caso de sentencia de condena, si el delito se encuentra entre aquellos que fueron derogados y transformados en ilícitos civiles en los términos del del d. lgs. nro. 7 del 15 de enero 2016, el juez que revisa la sentencia, al declarar que el hecho no se encuentra más previsto por la ley como delito, debe revocar también la parte de la sentencia que concierne a los intereses civiles.

De tal suerte, sostiene la doctrina que, si bien la solución parece razonable a primera vista, por cuanto la acción civil resulta accesoria y subordinada al proceso penal, el dato concreto para este caso es que la persona ofendida por el delito, habiendo obtenido en primera instancia (o lo que es peor, incluso en segunda instancia) una sentencia de condena con liquidación del daño, será obligada a iniciar un nuevo proceso desde el inicio en sede civil, soportando grandes costes.³²

11. Los límites del delito de omisión de depósito de aportes previsionales

El fallo que comentaré tuvo especial relevancia en Italia, ya que marcó incluso un criterio de interpretación respecto de la totalidad de los delitos despenalizados. Se trata de la sentencia nro. 10.424 del 7 de marzo de 2018 en la cual la casación se expidió en orden a los límites a considerar en caso de omisión de depósito de retenciones previsionales y asistenciales.

31. En concreto los fallos de la Sala II, sentencia del 13 de julio de 2016 nro. 29603 y Sala V, sentencia del 14 de abril de 2016, nro. 15634.

32. Serena Ucci, "Le sezioni unite della cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?", <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5191-le-sezioni-unite-della-cassazione-sulle-sorti-delle-statuizioni-civili-nel-giudizio-di-impugnazione>.

El caso llega a la corte luego de que la cámara de Trieste confirmara la condena del representante legal de una empresa por el delito previsto en el artículo 81 del código penal y 2, inc. 1-bis, de la ley nro. 638 de 1983, dado que, en ese carácter, omitió depositar las sumas retenidas previsionales y asistenciales de sus empleados, mes a mes desde diciembre de 2010 a septiembre de 2011 por un importe total de 16.722,53 euros.

La cuestión jurídica debatida se centró en que luego de la reforma de 2016, las figuras en juego quedaban sometidas, en caso de ser la retención mayor a 10.000 euros anuales a la pena de reclusión de hasta tres años con más una multa de 1.032 euros, mientras que, si era inferior a esa suma, se aplicaba sanción pecuniaria que iba de los 10.000 a los 50.000 euros.

Dado que antes de la reforma la omisión de depósito se sancionaba sin tener en cuenta los montos, cada mes en el que el imputado no depositaba las sumas debidas correspondía a un delito independiente, con sus consecuencias prácticas, por ejemplo, para el cálculo de la prescripción.

Con el texto normativo actual entonces, surgió la duda del momento en que se alcanzaba el riesgo prohibido, por lo cual la corte sostuvo que para el delito en estudio el importe de 10.000 euros anuales debe ser individualizado remitiéndose a la mensualidad de vencimiento de los depósitos contributivos (período 16 de enero-16 de diciembre, con relación a las retribuciones correspondidas respectivamente en diciembre del año precedente y de noviembre del año en curso).

Luego de esta reseña jurisprudencial de fallos, que a mi criterio resultaron relevantes, pasaré a analizar las estadísticas colectadas durante la investigación.

IV. Estadísticas recogidas

En el informe del primer trimestre del año 2019, el Ministerio de Justicia italiano dio a conocer los resultados del monitoreo periódico que realiza sobre el funcionamiento del Poder Judicial.³³

Este monitoreo hace eje en la carga laboral de los tribunales y, puntualmente, releva aquellas causas que se encuentran en el denominado

33. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_9_13.page.

“*rischio Pinto*”,³⁴ es decir en situación de plazo no razonable de juzgamiento de los hechos.

Los datos estadísticos recogidos engloban el total nacional de procesos en trámite hasta el primer trimestre de 2019 mostrando su evolución histórica desde 2003, para los siguientes tribunales: Cámara de Casación, Cámaras de Apelaciones, Tribunal ordinario y Tribunal de menores.

Número de causas en trámite. Datos nacionales que incluyen la totalidad de los estratos judiciales (salvo el Giudice di Pace). Años 2003–I trimestre 2019

Año	Casación	Cámara de apelaciones	Tribunal ordinario	Tribunales de menores	Causas en trámite–total nacional	Variación vs año precedente
2003	31.140	130.395	1.140.564	36.061	1.338.160	
2004	30.953	135.322	1.185.467	39.847	1.391.589	4,0%
2005	32.862	140.822	1.166.217	38.671	1.378.572	-0,9%
2006	37.439	154.844	1.207.088	40.408	1.439.779	4,4%
2007	33.177	157.996	1.216.655	38.620	1.446.448	0,5%
2008	28.340	170.308	1.195.300	34.445	1.428.393	-1,2%
2009	25.560	199.470	1.183.586	35.939	1.444.555	1,1%
2010	29.381	219.392	1.224.623	37.673	1.511.069	4,6%
2011	30.563	238.008	1.240.291	39.553	1.548.415	2,5%
2012	31.289	249.319	1.294.695	42.768	1.618.071	4,5%
2013	31.871	266.475	1.314.511	43.126	1.655.983	2,3%
2014	34.143	260.748	1.304.886	43.040	1.642.817	-0,8%
2015	35.980	257.399	1.315.886	42.274	1.651.539	0,5%
2016	30.349	268.389	1.187.707	38.539	1.524.984	-7,7%
2017	30.236	275.596	1.165.339	38.890	1.510.061	-1,0%
2018*	24.609	271.247	1.171.314	40.151	1.507.321	-0,2%
I trim 2019*	22.025	268.356	1.166.567	40.124	1.497.072	-0,7%

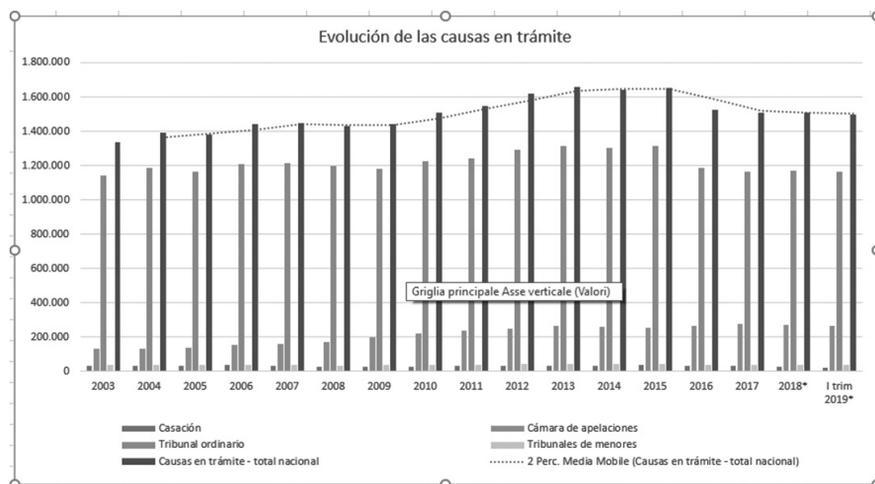
(*) Datos provisorios

34. “Riesgo Pinto” es una expresión que se utiliza para referirse a aquellas causas que no están cumpliendo con el objetivo de juzgar en plazo razonable. La ley número 89 del 24 de marzo de 2001 fue denominada “Pinto” y reconoce a aquellos que tuvieron que afrontar un proceso de duración irrazonable, la posibilidad de exigir una compensación por el daño patrimonial o moral sufrido.

Ahora bien, como puede advertirse de las estadísticas reseñadas, se percibe una declinación en el número de causas de 2016 a la actualidad, esto puede verse aún con más claridad en el siguiente gráfico.

**Subdivisión de los procesos en trámite por tribunal según el tipo de conformación.
Dato nacional. Años 2003–I trimestre 2019**

Año	Tribunal ordinario	de los cuales: Trib. en composición unipersonal	de los cuales: Trib. en composición colegiada	de los cuales: Corte di assise	De los cuales: Gip/Gup
2003	1.140.564	335.460	26.649	438	778.017
2004	1.185.467	351.047	23.832	432	810.156
2005	1.166.217	354.532	21.772	461	789.452
2006	1.207.088	381.340	21.378	442	803.928
2007	1.216.655	378.202	20.988	407	817.058
2008	1.195.300	375.469	21.130	423	798.278
2009	1.183.586	395.842	22.215	362	765.167
2010	1.224.623	425.725	22.200	377	776.321
2011	1.240.291	450.613	22.024	354	767.300
2012	1.294.695	492.629	22.470	341	779.255
2013	1.314.511	521.874	23.021	359	769.257
2014	1.304.886	548.557	24.175	348	731.806
2015	1.315.886	567.602	25.523	348	722.413
2016	1.187.707	534.005	26.610	337	626.755
2017	1.165.339	578.760	27.459	344	558.776
2018*	1.171.314	597.685	28.190	420	545.019
I trim 2019*	1.166.567	599.972	28.780	418	537.397



Como se dijo anteriormente, el monitoreo también estudia las cuestiones relativas a los plazos de resolución de conflicto, para determinar la cantidad de expedientes que se encuentran bajo riesgo de irrazonabilidad en el plazo de juzgamiento.

Sobre el punto, se recogieron las siguientes estadísticas que solo alcanzan al año 2017 con lo cual la perspectiva será más sesgada:

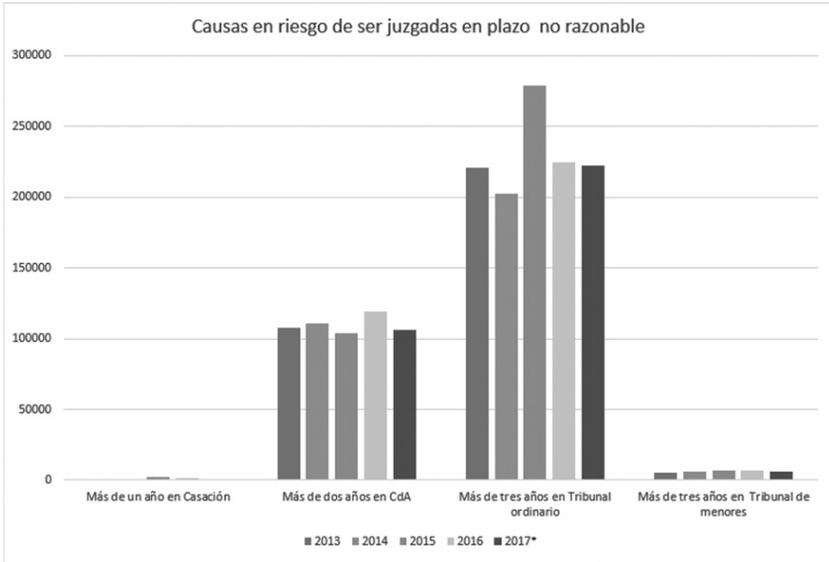
Número de causas en trámite con riesgo de juzgamiento en plazo no razonable

Años 2013–2017*

Año	Más de un año en Casación	%	Más de dos años en CdA	%	Más de tres años en Tribunal ordinario	%	Más de tres años en Tribunal de menores	%
2013	586	1,8%	107.804	40,5%	220.797	16,8%	5.281	12,2%
2014	836	2,4%	111.001	42,6%	202.483	15,5%	6.221	14,5%
2015	2.520	7,0%	103.671	40,6%	279.225	21,0%	6.882	15,5%
2016	1.268	4,2%	119.397	44,5%	224.477	18,9%	7.177	18,6%
2017*	405	1,3%	105.870	39,4%	222.372	19,0%	5.738	14,9%

Puede advertirse que si bien hay una caída entre los años 2016 y 2017 ello no evidencia que tenga relación efectiva con el proceso que venimos

analizando, puesto que, por ejemplo, el descenso no llega a equipararse en algunos casos con años anteriores a la reforma.



V. Las impresiones de los juristas italianos

Una vez puesta en marcha la nueva legislación, los juristas comenzaron a tratar la cuestión, aunque algunos ya alertaban desde antes que la despenalización en sí no resolvía los problemas de fondo de la administración de justicia italiana.³⁵

Las críticas no se hicieron esperar y con muchos y variados argumentos se cuestionaron los criterios legislativos adoptados desde distintas perspectivas.

35. Ver la crítica realizada por Tullio Padovani en su artículo “Ridurre l’area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace”, in GD 2016, n. 1, 12.

A. *La hipertrofia penal y el ilícito civil*

Del análisis bibliográfico realizado pude advertir que el principal objeto de ataque es la denominada “hipertrofia”, término que se repite en la gran mayoría de los artículos de doctrina.

Es decir que efectivamente el problema de la sobreabundancia de normas penales en Italia es realmente un tema de preocupación constante de la doctrina y es por ello, seguramente, que la ley de despenalización ha acaparado tanto la atención.

Para iniciar, me gustaría citar a Manca, quien cuestiona duramente la reforma, a la cual considera:

“demasiado exigua para deflacionar de modo apreciable tanto en el proceso en sí, como en la sobrepoblación carcelaria (sobre las que las hipótesis degradadas, de hecho no inciden), la reforma, definida por autorizada doctrina como ‘histórica’ se caracteriza en definitiva en la adopción de parámetros selectivos generales, como la naturaleza pecuniaria de la sanción y la individualización por contraste de materias excluidas, que resulta censurable en muchos frentes –en primer lugar por la inadecuada individualización de un límite unívoco entre necesidad de pena y suficiencia de la respuesta sancionatoria administrativa–, transforman el pasaje hacia una atención creciente a las posibilidades ofrecidas por el derecho punitivo extrapenal, y en definitiva, a las posibilidades de resolver por fuera del terreno penal, problemas que nacen en su seno, pero en los que en su seno, no encuentran la mejor solución”.³⁶

Por otro lado, cuestiona que bajo la idea de la deflación se haya puesto no ya en manos de la administración el juzgamiento de los delitos despenalizados, sino directamente en cabeza del juez civil, quien ejerce ahora el poder punitivo. Ello, con el objeto de aligerar la carga de los tribunales penales,

36. Giovanni Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo. Nel caleidoscopio delle recenti riforme*, CEDAM, Padova, 2019, p. 36.

lo cual lleva a transferir el poder sancionatorio al terreno aún “virgen” del derecho civil.

En tal dirección, sostiene que la inclusión de estos institutos civilísticos choca aun con el concepto de enriquecimiento sin causa, puesto que aparte de la retribución a la víctima se genera un “surplus” en favor del Estado. En concreto explica:

“el legislador italiano del 2016 cayó en la trampa conceptual de tratar las modificaciones como la transposición al derecho público de un instituto civilístico –mientras se trataba de la inclusión de un instituto con ‘ADN’ ya sancionatorio–, entendiendo que eso exigía la amputación del perfil considerado más ‘civilístico’ de todos (la retribución de la víctima) y así, amputando en cambio, [...] el perfil menos civilístico de todos (es el derecho civil clásico el que considera sin causa el surplus), que en cambio se había naturalizado, por rodaje plurisecular, al funcionamiento del modelo propio en clave de eficiencia sancionatoria y prevención general”.³⁷

Una posición parecida adopta Lucia Risicato, quien explica que las leyes de despenalización son meras tentativas de paliar un problema mucho mayor que enfrenta la legislación italiana, que es la hipertrofia normativa, acompañada además de un alejamiento gradual en los últimos decenios de la percepción de los principios básicos del derecho penal.

Sobre el punto, sostiene que:

“La deflación ha sido hasta ahora tímida, oscilante y contradictoria: basta un hecho de notoriedad pública para desalinear un proyecto de reforma, distorsionarlo o tirarlo a la basura. En este campo, sin embargo, aún es posible distinguir un antes y un después. El antes coincide con el sustancial fracaso de la despenalización, cuyo único mérito es aquel de haber definido el sistema de los ilícitos administrativos punitivos gracias a la ley nro. 689/1981. La despenalización de las normas contenidas en leyes especiales ha

37. Manca, *op. cit.*, p. 80.

conocido una reducida operatividad, que se tradujo en la remoción de algunas disposiciones obsoletas sin criterios o inspiraciones de otros tiempos. Solo la despenalización por campos según la materia se ha mostrado más efectiva, pero resulta todavía insuficiente.

El después corresponde, en cambio, a un mecanismo de deflación del sistema penal fundado, por un lado, en la exclusión de la punibilidad por la particular exigüidad del hecho y, por el otro, en la autorreducción de los conflictos sociales recurriendo a instrumentos sancionatorios no tanto represivos sino compensatorios-reparatorios”.³⁸

Sobre esta base la autora se hace eco de cuestionamientos similares ya citados respecto a la inclusión de los ilícitos civiles en el nuevo esquema deflativo. A su entender, el reciente interés en la incorporación de este instituto basado en el “*punitive damage*” estadounidense puede encontrarse en el poder disuasivo que presenta en un contexto de prevención general, pero también especial, con sanciones pecuniarias muy superiores a aquellas originariamente previstas para los delitos.

“Sin embargo, la actual normativa no permite un análisis pacífico de la materia tratada. No es clara la naturaleza jurídica del nuevo instituto, y tampoco son lineales los aspectos procesales (desde problemas de constitución de partes al estándar probatorio utilizable), y tampoco es evidente la relación entre ilícito civil sancionatorio y resarcimiento del daño. Se deja de lado, de este modo, la cuestión fundamental de las garantías, condicionada por la pertenencia del ilícito descriminalizado a la ‘materia penal’”.³⁹

Tullio Padovani, por su parte, también había sido un duro crítico de las leyes de despenalización ya desde antes de la sanción de los decretos

38. Lucia Riscato, “L’illecito civile punitivo come irrocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 3.

39. Riscato, op. cit., p. 3.

legislativos 7 y 8 de 2016, puesto que para él la despenalización en nada ayudaba al necesario proceso deflativo y la consideraba poco eficaz.⁴⁰

Del mismo modo, considera que la reforma, en cuanto incluye los ilícitos civiles, es cuestionable en varios aspectos entre los que se destacan, por un lado, la onerosidad del proceso civil con relación al penal, por lo que muchos delitos quedarían impunes si quien los sufre carece de recursos para ejercitar la acción. Tal como señala el autor, en este caso, se advertirá claramente un efecto deflativo lógico por los inconvenientes que presenta llevar adelante un proceso en estas condiciones.

Por el otro, por la ausencia de legislación respecto de la prueba y los límites y modo de producción que es diverso en sede penal y civil.⁴¹

B. La influencia europea

Por su parte, Gargani brinda una perspectiva interesante de la cuestión de la despenalización y coloca el conflicto en el plano europeo. A su modo de ver:

“Los márgenes de discrecionalidad del legislador en lo referente a la despenalización en abstracto, sufren una ulterior restricción (o bien un redimensionamiento) por efecto de las obligaciones internacionales o supranacionales de tutela penal que vinculan al legislador interno a recurrir a la intervención del derecho penal”.⁴²

El autor, además, alerta sobre la fuerza expansiva de la política criminal del ámbito europeo, cuya fuerza es tal que pone en jaque incluso los parámetros más elementales de la matriz liberal garantista, en cuanto fija

40. Tullio Padovani, “Ridurre l’area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace”, *Guida al Diritto* 2016, n. 1, 12.

41. Tullio Padovani, “I nuovi illeciti civili, procedibilità ed applicazioni”, *Guida al Diritto*, 2016 (8), 78.

42. Alberto Gargani, “Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 1 Settembre 2018, p. 1488.

las condiciones de intervención del derecho penal, esto es, los principios de proporción y subsidiariedad.⁴³

Como sostiene el autor,

“despenalización no significa solo una ‘ciega’ reducción cuantitativa de las normas penales, sino, por sobre todo, un reexamen de la oportunidad de continuar utilizando la sanción penal en consideración de su actual ofensividad y relevancia social respecto de los comportamientos individuales prohibidos. Según autorizada opinión, cuando se prescinde del contenido material (y del disvalor actual) del ilícito y se vinculan las ‘evaluaciones actuales a aquellas ejecutadas en tiempos muy distintos’, se corre de hecho el doble riesgo de ‘despenalizar demasiado’ o ‘demasiado poco’, es decir, incluir en el ámbito de la despenalización figuras puestas a tutela de bienes jurídicos de particular significancia o delicadeza o, por el contrario, mantener la relevancia penal de ilícitos que, aun siendo sancionados con pena alternativa o conjunta, se revelan a esta altura inmerecedores de pena”.⁴⁴

En este mismo sentido se expresa Dolcini, quien habla de una “noción europea del derecho penal”, a la cual atribuye, en cierto sentido, la incorporación de los ilícitos civiles al esquema punitivo italiano.⁴⁵

C. El dualismo entre la sanción administrativa y la penal

Respecto del tema de epígrafe, nos alerta Paolo Provenzano que la cuestión no ha tenido en el contexto constitucional y doctrinario un estudio profundo y que ha quedado en una especie de “limbo constitucional”.⁴⁶

43. Gargani, op. cit.

44. Alberto Gargani, “La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili”, *Rivista Diritto Penale e Processo*, 5, 577.

45. Emilio Dolcini, “Pena e costituzione”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 1 marzo 2019, p. 3.

46. Provenzano cita en su obra a L. Del Federico, *Le sanzioni amministrative tributarie*, Milano, 1994, p. 51.

También nos alerta de la gravedad de ausencia de determinadas garantías ya que muchas veces una sanción administrativa puede ser mucho más dura que una penal, no obstante, la Corte Constitucional ha negado la posibilidad de reconducir ciertas sanciones administrativas al amparo de la constitución.

El autor cita, por caso, que según el artículo 24 del código penal la pena de multa del delito consiste en el pago de una suma no superior a 50.000 euros, importe notoriamente más bajo que el que contemplan normas administrativas que pueden alcanzar incluso los 150 millones de euros.

La gravedad de la sanción administrativa entonces, obliga, a su entender, a adoptar ciertas medidas de amparo constitucional, a pesar de lo cual, desde la vigencia de la ley nro. 689 de 1981, la doble vía entre el proceso penal con garantías y el administrativo sin ellas se encuentra cada vez más acentuada, cuando deberían empezar a transitar carriles comunes.

Sobre esto, también realiza ciertas críticas a lo que denomina “visión panpenalística” de la Corte Europea de Derechos del Hombre, que, a su entender, sin embargo, en este caso en particular, genera un resultado positivo a los efectos de reunificar los senderos administrativo y penal.

“El dualismo entre sanciones administrativas y penales o, mejor dicho, esta rígida distinción entre ambas, se encuentra en cierto sentido en fase de superación. Es por la vía de la influencia de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre y, más precisamente, de la interpretación extensiva que ésta propugna de las garantías penales contenidas en la CEDU.

En ese sentido, no parece entonces alocado sostener que lo que está ocurriendo en materia de sanciones administrativas represente uno de los ejemplos más claros del modo en el que las Cortes supranacionales irrumpen con su propia jurisprudencia en los ordenamientos nacionales poniendo en duda (en este caso en un modo en que se comparte, en otros no), las certezas tradicionales”.⁴⁷

Así las cosas, el autor exhorta a un nuevo paradigma que amplíe las garantías del derecho penal a los casos de sanciones administrativas

47. Paolo Provenzano, “Note minime in tema di sanzioni amministrative e “materia penale””, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 6, 1 dicembre 2018, p. 6.

que son, en definitiva, en muchos casos más graves que la misma sanción penal.

En definitiva, está en consonancia con lo expresado por la Corte Europea en el fallo Grande Stevens c. Italia del 4 de marzo de 2014 en el cual el tribunal hace extensivas las garantías penales a toda estructura legal que, más allá de su denominación, contenga disposiciones que, en esencia, constituyan “materia penal”.⁴⁸

D. La querrela como deflación en concreto

Ha sido Fausto Giunta quien trató esta cuestión, dándole al ejercicio la querrela la entidad de un verdadero sistema deflativo, no ya desde el aspecto de establecer una especie de principio de oportunidad encubierto, sino como una verdadera selección tendiente conciliar la pena superflua en concreto con la lógica contención de la sobrecarga judicial.⁴⁹

Giunta explica con claridad la función deflativa de la querrela que, a diferencia de lo que significa la despenalización de hecho, implica la privatización de la persecución, es decir, desde el aspecto netamente procesal. El efecto deflativo, lógicamente depende de su “no ejercicio”.

De igual modo, mientras en la despenalización la renuncia a la pena procede en abstracto, es decir, a partir de una consideración general de que la conducta ya no merece ser sancionada, en la perseguibilidad por querrela esta se realiza en concreto, en cada caso particular, es decir, la pena no se impone porque no se ha promovido la querrela.

Por otro lado, en el caso de la querrela como selección, la interpretación de la gravedad del hecho queda en manos de los privados, en la medida en que en su presentación dan mayor o menor entidad al hecho a su criterio,

48. Esta sentencia, a su vez, se remite a la doctrina sentada en “Engel y otros contra los Países Bajos del 8 de junio de 1976” en el que la CEDU estableció que, para determinar la naturaleza penal de los procedimientos y sanciones, son relevantes tres cuestiones. La primera, la calificación jurídica del ilícito en el derecho nacional, la segunda la naturaleza del ilícito y la tercera el grado de severidad de la sanción a la que se expone el interesado.

49. Fausto Giunta, “Querrela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 1 Marzo 2019, p. 473.

a la vez que dejan también en sus manos la posibilidad de conseguir una mejor resolución del conflicto –por ejemplo, a través de una negociación.

Este efecto se nota con mayor fuerza comparado con los casos de los delitos degradados a ilícitos administrativos en los cuales la administración tiene interés en perseguir.

A su entender, la querrela potenciaría su rol deflativo mediante un corrimiento del eje dejando de lado al juez, cuestión por cierto problemática desde el punto de vista constitucional y carente de sostén real.

E. Perspectivas a futuro

Luigi Stortoni no se aleja mucho de la opinión generalizada y grafica la situación de modo similar a los juristas que he citado, tildando a la legislación italiana de “aluvional”, “fragmentaria” y “simbólica”, “... siempre detrás de una perenne emergencia legal...” y vertiendo fuertes críticas a la constante ampliación de la punibilidad. Así lo explica:

“A tímidas despenalizaciones y a discutibles aperturas en temas de punibilidad, se opusieron creaciones de nuevos delitos y aumentos de pena. Baste citar, por un lado, el homicidio en accidente de tránsito, el *stalking* o el femicidio, por un lado y el reiterado aumento de pena para la corrupción y más recientemente para el hurto calificado, el robo, la violación de domicilio, y nuevamente, una vez más, la corrupción”.⁵⁰

Concluye su artículo de hecho, como sostiene él, con una visión poco alentadora de la situación, sin perjuicio de lo cual rescata lo que denomina “anticuerpos válidos” contra esta deriva legislativa arraigada en la cultura política y jurídica italiana, especialmente en el ámbito penal.

50. Luigi Stortoni, “Il diritto penale sotto il segno dell’efficienza del sistema”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 1 Marzo 2019, p. 379.

VI. Conclusiones

Hasta aquí se ha dado un paneo que considero acabado de lo que significó y significa hoy el proceso de despenalización en Italia. Desde sus orígenes doctrinarios y la evolución histórica que la legislación fue promoviendo hasta llegar a este momento en el que la reforma alcanzó un punto de inflexión.

Las conclusiones habré de dividir las en dos grandes grupos, tal como hice con el trabajo, en primer lugar, sobre las cuestiones que significaron el marco teórico y luego sí, una profundización sobre el tema en lo que respecta a las consecuencias prácticas.

a. Primera parte

Para iniciar las reflexiones finales, debemos primeramente dejar en claro qué es lo que se entiende por “proceso de despenalización” y “despenalización” en tanto, como hemos visto, son cosas distintas a pesar del nombre con el cual se ha dado a conocer esta reforma.

Es decir, la despenalización en sentido estricto implica el “retiro de la pena” del delito, dejando el tipo penal vigente y pasando la sanción al ámbito administrativo, tal como se estructuró en el decreto legislativo nro. 8 de 2016, mientras que el “proceso de despenalización” es más parecido a lo que podríamos entender por deflación, es decir, un instituto mucho más amplio que abarca no solo una cuestión de derecho penal de fondo sino también procesal.

Así, dentro de este proceso, el decreto legislativo 7 de 2016, directamente deroga las figuras penales y las convierte en ilícitos civiles con un régimen, cuanto menos en teoría, ajeno a la órbita del derecho penal.

En razón de ello, se ha dado una perspectiva profunda de lo que se entiende por despenalización, los paradigmas que la involucran y las formas en que esta puede presentarse.

Adentrándonos en el análisis de los decretos legislativos, podemos decir que ha quedado claro, más allá del nombre que se le haya puesto, que responde a un proceso histórico, en lo inmediato, encuadrado por la ley nro. 67 de 2014 y por toda una serie de normas que previamente fueron dando forma a un norte que tiende a deflacionar el sistema penal.

Entre todas ellas, la que debemos destacar es la nro. 689 de 1981 que dio forma a la “degradación” del delito en ilícito administrativo, estableciendo las bases del régimen que hoy aún impera en Italia.

Es de destacar que, si bien fueron anunciados en el contexto de un proceso de despenalización y sancionados en conjunto, los decretos legislativos nros. 7 y 8 son evidentemente normas distintas que responden a diversos paradigmas como hemos visto, con sus consiguientes consecuencias en cuestiones de competencia y régimen aplicable.

b. Segunda parte

Una vez analizada la estructura del poder judicial, a los fines de esclarecer algunos puntos que se iban a tratar, me adentré en el análisis de las sentencias emanadas con motivo de los conflictos que se suscitaron con esta legislación.

A mi modo de ver, si bien los decretos legislativos fueron bastante completos en cuanto a fondo y forma se refiere, han dejado ciertas cuestiones que ameritaron la corrección jurisprudencial.

Casos como el de la reincidencia o bien cómo debe tratarse la cuestión civil ya resuelta en una causa penal luego de la entrada en vigor de los decretos legislativos –que incluso tuvo pronunciamientos diversos entre distintas salas de la cámara–, son sin dudas cuestiones de previsión imposible y por eso ha sido motivo de inclusión en el presente.

En ese mismo sentido, consideré relevante citar casos en los que se trató, por ejemplo, la alarma social que acarrearán ciertos delitos como el de exhibiciones obscenas o bien, cuestiones procesales, tales como el destino de una pena ya negociada en la que se incluía un delito luego despenalizado.

Dentro de las hipótesis despenalizadas –en el particular transformada en ilícito civil–, creo que las que más llamativa es la figura de falsificación de escritura privada y la de uso de documento falso. Sobre esto también debió expedirse la casación, de modo impecable vale decir, ya que las dudas sobre su aplicación estaban en boga.

En igual categoría cabe colocar a las calumnias e injurias, cuyo trámite suele abarrotar los juzgados, cuando resulta un delito –o ex delicto– realmente menor.

Restan aún muchas cuestiones pendientes de tratamiento, no cabe duda al respecto, pero será con el devenir de las distintas resoluciones de los tribunales que pueda tomarse dimensión de la reforma.

De momento, las estadísticas nos indican que de 2016 en adelante se registra una sensible caída en la cantidad de causas en trámite. Respecto de la celeridad de resolución, no tenemos una perspectiva más allá de 2017, con lo cual sacar conclusiones al respecto es, como poco, apresurado.

La pregunta que resta responder es si fue entonces la legislación que venimos estudiando la responsable de esta caída. Pues bien, atribuir este hecho solamente a los decretos nro. 7 y 8 de 2016 se presenta ciertamente como temerario. Tampoco puede negarse su influencia, pero lo cierto es que más allá de las críticas de los doctrinarios respecto de la efectividad de la despenalización como mecanismo para aliviar el trabajo en las oficinas judiciales, su impacto ha sido innegable.

Nótese que, si bien no puede atribuirse solamente a las leyes de despenalización que venimos estudiando esta caída en el número de causas en trámite, no menos cierto es que resulta evidente la conexión entre ambos parámetros.

En efecto, las críticas de los doctrinarios italianos en cuanto a que la despenalización nada resuelve dentro del marco de la “hipertrofia” penal, en parte no se reflejan en las estadísticas recogidas por el gobierno.

No quiero decir con esto que estén errados, muy por el contrario, he intentado cotejar los números estadísticos con las impresiones doctrinarias justamente para dar una perspectiva más amplia y no extraer conclusiones falaces.

En esa dirección, entiendo que efectivamente las leyes de despenalización han contribuido a la caída de la cantidad de causas en trámite ante los tribunales y, además, han tenido una repercusión en lo que respecta a la tardanza en la resolución de estos.

Por lógica deducción, al no tratarse casos que antes se trataban, el descenso en las causas en trámite deviene su consecuencia inmediata. Del mismo modo, la transferencia de la competencia a la esfera civil de los delitos derogados ha sido de una influencia también fundamental.

Así también lo señala la doctrina, como hemos visto, al referirse al ejercicio de la querrela como un medio muy efectivo para deflacionar la ley penal.

Pero como sostuve antes, no he querido quedarme simplemente en las estadísticas para valorar la efectividad de las leyes de despenalización y por

ello es que analicé las críticas de los juristas, para confrontar ambas cuestiones y obtener conclusiones con mayores elementos.

Entiendo que la crítica de la doctrina italiana a su sistema penal es bastante clara. La referencia a la “hipertrofia” penal es recurrente. El problema entonces ha sido identificado –como hemos visto en el marco teórico– para luego ser, aunque sea, abordado en base a soluciones legislativas.

También es relevante y llamativa la desilusión que presenta la gran mayoría de los juristas ante este proceso de despenalización al que consideran insuficiente o defectuoso.

En ese sentido, coincido con la opinión de Gargani en cuanto es importante establecer criterios claros de despenalización para valorar de modo concreto la relevancia de los bienes jurídicos merecedores de tutela para la sociedad italiana, lo cual puede complementarse con la denominada despenalización por campos que propone la doctrina.

Por otro lado, debo hacer también hincapié sobre una cuestión que considero interesante y es la dureza de las sanciones administrativas. Es que a diferencia de lo que sostiene Ferrajoli en cuanto a que las sanciones penales resultaban entre otras cosas estigmatizantes para el imputado, lo cierto es que, como se ha visto, la sanción administrativa puede ser aún más grave que la penal.

Tanto en la jurisprudencia de la corte constitucional que he citado, como en la doctrina actual que puede relevar los efectos de los ilícitos administrativos, se advierte que en muchos casos era más benigna la situación anterior penalizada que el ilícito sin intervención del juez penal.

En efecto, despenalización no equivale automáticamente a mitigación, los ejemplos son vastos y muchos han sido citados en el presente trabajo, pero, por el solo hecho de pensar que un delito puede prever una sanción que queda en suspenso contra una efectiva sanción pecuniaria de miles de euros, es probable que nadie elija a la norma penal como la más gravosa.

Es por ello importante establecer qué tipo de garantías deben necesariamente ser tenidas en cuenta en estos casos; la sanción administrativa también tiene efectos nocivos sobre el plan de vida de las personas.

Acto seguido debemos preguntarnos la función social de la sanción para estos casos y qué tipo de esquema se busca para ello. La doctrina italiana, como hemos visto, explica que, planteadas como están las cosas, la sanción administrativa tiene aspectos de prevención general y especial, ya

que los montos de las multas son realmente disuasivos a la vez que quien debe pagarlas sufre las consecuencias.

Otro aspecto destacable es que el instituto que a mi entender ha acaparado la mayor cantidad de cuestionamientos ha sido la sanción civil como anexa al ilícito penal derogado.

Es que, a criterio de los juristas, ha sido una especie de “trasplante” jurídico desde el derecho anglosajón. Son varios los autores que cuestionan el hecho de que las exigencias europeas en la sanción contrastan con la historia legislativa italiana.

Esto deriva en innumerables dificultades, entre las que se destaca el otorgamiento al juez civil la potestad de imponer sanciones penales, borrando la clara línea divisoria entre derecho civil y derecho público y echando un manto de dudas sobre los estándares probatorios exigidos en un proceso como el que se trata.

Por otro lado, es interesante la crítica realizada a la pena sobre el resarcimiento, en la medida en que podría dar lugar a una suerte de “enriquecimiento sin causa” por parte del Estado el cual, a través del juez civil, obtiene un “surplus” monetario.

En consonancia con la crítica a esta incorporación legal, puede agregarse que la privatización de la acción penal buscada por la ley resulta, en parte, ingeniería jurídica para sortear el principio de legalidad que impone la Constitución en el artículo 112.

A pesar de todo ello, la realidad es que los nuevos ilícitos civiles son muy pocos, por lo cual parece más una especie de “globo de ensayo” para avanzar en este sistema en caso de que se verifique una recepción positiva.

A modo de cierre, no puedo dejar de señalar una circunstancia que me llamó la atención durante el estudio del tema. En gran cantidad de trabajos doctrinarios, se repetía la frase “el camino al infierno está plagado de buenas intenciones”, lo cual nos da un parámetro verdaderamente elocuente de cómo ven los juristas italianos estas reformas, es decir, por un lado reconocen la existencia de un problema –que también repiten constantemente– que denominan hipertrofia, pero por otro lado no consideran que estas reformas despenalizadoras puedan ser la solución.

Creo que será el transcurso del tiempo el que tenga la última palabra con relación a la efectividad de las medidas del legislador italiano; el cuadro de situación actual, por lo pronto, he intentado plasmarlo en este trabajo.

Bibliografia

- Baccari, Gian Marco; Bonzano, Carlo; La Regina, Katia; Mancuso, Enrico Maria, *Le recenti riforme in materia penale*, CEDAM, Padova, 2017.
- Baratta, Alessandro, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1980.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI editores Argentina, Buenos Aires, 2004.
- Bernardi, Alessandro; Zoda, Ilaria, *Depenalizzazione, Profilli teorici a pratici*, CEDAM, Padova, 2008.
- Braschi, Sofia I., “Atti osceni in luogo pubblico e tutela del minore”, *Diritto Penale e Processo*, 2018, 7, 887.
- Buffone, Giuseppe, “Le fattispecie trasformate. “Demolite” alcune fattispecie incriminatrici”, en *Guida al Diritto*, 2016 (8), 81.
- Cadoppi, Alberto; Veneziani, Paolo, *Manuale di diritto penale*, CEDAM, Padova, 2006.
- Calo, Luciana, *Gli effetti processuali della depenalizzazione*, <http://www.processopenaleegiustizia.it/effetti-processuali-della-depenalizzazione>.
- Carcagno, Domenico, *Depenalizzazione e particolare tenuità del fatto*, Giuffrè Editore, Milano, 2016.
- Cerbo, Pasquale, *La depenalizzazione fra giudice e amministrazione alla luce della giurisprudenza della Corte europea*, (<http://www.diritto-amministrativo.org/>).
- De Menech, Carlotta, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, CEDAM, Padova, 2019.
- Dolcini, Emilio, “Pena e costituzione”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 1 Marzo 2019, p. 3.
- Ferrajoli, Luigi, “Crisi della legalità e diritto penale mínimo”, in Curi, PalombariniA (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 9.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- Forti, Gabrio; Stella, Federico; Zuccalá, Giuseppe, *Commentario breve al Codice Penale*, CEDAM, Padova, 2017.
- Galli, Rocco, *Nuovo corso di Diritto Penale*, CEDAM, Padova, 2017.
- Gargani, Alberto, “Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 1 Settembre 2018, p. 1488.

- Gargani, Alberto, “La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili”, *Rivista Diritto Penale e Processo*, 5, 577.
- Gargani, Alberto, *La giustizia penale di pace tra conciliazione e deflazione in Depenalizzazione e circolazione stradale*, Giuffrè, Luca, 2000.
- Gargani, Alberto, “Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di ‘riforma della disciplina sanzionatoria’” (art. 21.28.4.2014 n. 67), 7 Luglio 2015 (<http://www.lalegislazionepenale.eu/tra-sanzioni-amministrative-e-nuovi-paradigmi-punitivi-la-legge-delega-di-riforma-della-disciplina-sanzionatoria-art-21-28-4-2014-n-67-di-alberto-gargani/>).
- Gatta, Gian Luigi, “Depenalizzazione E Nuovi Illeciti Sottoposti A Sanzioni Pecuniarie Civili: Una Riforma Storica”, 25 Gennaio 2016 (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4427-depenalizzazione-e-nuovi-illeciti-sottoposti-a-sanzioni-pecuniarie-civili-una-riforma-storica>).
- Gatta, Gian Luigi, “Non sempre ‘depenalizzazione’ equivale a ‘mitigazione’. La corte costituzionale sull’irretroattività delle sanzioni amministrative ‘punitive’ più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l’insider trading secondario)”, (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/6365-non-sempre-depenalizzazione-equivale-a-mitigazione-la-corte-costituzionale-sullirretroattivita-dell>).
- Gaudenzi, Enrico Sirotti, Perrotta, Giulio; Primiceri, Salvatore, *Giusto processo e Depenalizzazioni*, Primiceri Editori, Padova, 2016.
- Giunta, Fausto, “Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 1 Marzo 2019, p. 473.
- Giusi, Ianni, “La Riforma Sulla Depenalizzazione”, *Diritto Penale dell’Impresa* 26 febbraio 2016.
- Grosso, Carlo Federico; Pelossero, Marco; Petrini, Davide; Pisa, Paolo, *Manuale di diritto penale. parte generale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- Gullo, Antonio, “La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un’analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016”, *Rivista La Legislazione Penale*, 2016, pp. 1-52.
- Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 1997.
- Lattanzi, Giorgio; Luppò, Ernesto, *Depenalizzazione e nuova disciplina dell’illecito amministrativo*, Giuffrè editori, Milano, 2001.

- Losappio, Giuseppe, “Depenalizzazione, Tranquillità Personale E Inquinamento Acustico L’art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del C.P.” (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4254-depenalizzazione-tranquillita-personale-e-inquinamento-acustico>).
- Losappio, Giuseppe, “Riflessioni critiche sul preteso effetto abrogativo della delega di depenalizzazione specifica. Non ancora ma già vs già ma non ancora”, 24 febbraio 2016. (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4449-riflessione-critiche-sul-preteso-effetto-abrogativo-della-delega-di-depenalizzazione-specifica>).
- Manca, Giovanni, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo. Nel caleidoscopio delle recenti riforme*, CEDAM, Padova, 2019.
- Mannozi, Grazia, “Il ‘legno storto’ del sistema sanzionatorio”, *Diritto Penale e Processo*, 14-781.
- Marinucci, Giorgio; Dolcini, Emilio; Gatta, Gian Luigi, *Manuale di Diritto Penale (Parte Generale)*, Giuffré, Milano, 2018.
- Martini, Riccardo, “L’avvento delle sanzioni pecuniarie civili il diritto penale tra evoluzione e mutazione”, 28 settembre 2016 (<http://www.lalegislazionepenale.eu>).
- Masieri, Carlo, “Decriminalizzazione e ricorso alla ‘sanzione pecuniaria civile’”, 1 aprile 2015 (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/3807-decriminalizzazione-e-ricorso-alla-sanzione-pecuniaria-civile>).
- Musco, Enzo; Fiadanca, Giovanni, *Diritto Penale (Parte Generale)*, Zanichelli, Torino, 2018.
- Nisco, Attilio, “Il comportamento abituale come condizione ostativa alla non punibilità del fatto tenue: una rassegna critica”, *Cassazione Penale*, fasc. 2, 1 Febbraio 2019, p. 894.
- Padovani, Tullio, “I nuovi illeciti civili, procedibilità ed applicazioni”, *Guida al Diritto*, 2016 (8), 78.
- Padovani, Tullio, “Ridurre l’area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace”, *Guida al Diritto*, 2016, n. 1, 12.
- Palazzo, Francesco, “La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie”, *Diritto Penale e Processo*, 16, 285.
- Palazzo, Francesco, “Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della l. n. 67/2014)”, *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 14, 1633.
- Paliero, Carlo Enrico, *Digesto disc. penale*, UTET, Torino, 1989.

- Paliero, Carlo Enrico, “Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 1 settembre 2018, p. 1447.
- Paliero, Carlo Enrico, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985.
- Provenzano, Paolo, “Note minime in tema di sanzioni amministrative e “materia penale””, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 6, 1 dicembre 2018, p. 1073.
- Risicato, Lucia, “L’illecito civile punitivo come irrocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1-487.
- Ruffo, Mario Alberto, *Diritto Penale Amministrativo*, CEDAM, Padova, 2004.
- Scarpa, Antonio, “Le sanzioni pecuniarie civili introdotte dal d.lgs. n. 7/2016”, *Immobili e proprietà*, 2018, 6, 379 (commento alla normativa).
- Storton, Luigi, “Il diritto penale sotto il segno dell’efficienza del sistema”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 1 Marzo 2019, p. 379.
- Ucci, Serena, “Le sezioni unite della cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?”, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5191-le-sezioni-unite-della-cassazione-sulle-sorti-delle-statuizioni-civili-nel-giudizio-di-impugnazione>.
- Zoda, Ilaria, *La deflazione penale in Italia, Dottorato di ricerca in comparazione giuridica e storico giuridica*, Università degli studi di Ferrara, 2006/2008.

Debate por la pena de muerte en el Estado de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX: el caso de Clorinda Sarracán de Fiorini

*Sandro Olaza Pallero**

Resumen

En octubre de 1856 ocurrió en San Isidro un caso de gran trascendencia y que atrajo la atención de la sociedad porteña. Sin embargo, esta causa criminal pasaría a jugar un rol decisivo en el proceso orientado a abolir la pena de muerte a pesar de las escasas ejecuciones registradas por las estadísticas provinciales. Este trabajo trata, desde la historia del derecho, el debate sobre la pena de muerte en el Estado de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX. La hipótesis que se plantea es que el asesinato del pintor Jacobo Fiorini por su esposa Clorinda Sarracán y sus cómplices produjo una polémica en la elite política y académica sobre la abolición de la pena capital. Como segunda hipótesis se plantea que este caso inspiró a Carlos Tejedor a exceptuar a la mujer de la pena de muerte en su *Proyecto de Código Penal*.

Palabras clave: pena de muerte, historia del derecho, Clorinda Sarracán de Fiorini, Carlos Tejedor, cultura jurídica.

* Abogado y Doctor por la Universidad de Buenos Aires (Área: Historia del Derecho), profesor adjunto regular de Historia del Derecho (Universidad de Buenos Aires) y profesor titular de Historia Constitucional (Universidad del Salvador). Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. A. L. Gioja. Director del proyecto Decyt 2024 “El Código Penal de Carlos Tejedor: cruce de miradas y tendencias”; solazapallero@derecho.uba.ar.

Debate Over the Death Penalty in the State of Buenos Aires in the Second Half of the 19th century: The case of Clorinda Sarracán de Fiorini

Abstract

In October 1856, a case of great importance occurred in San Isidro and attracted the attention of Buenos Aires society. However, this criminal case would go on to play a decisive role in the process aimed at abolishing the death penalty despite the few executions recorded by provincial statistics. This paper deals with the history of law, the debate on the death penalty in the State of Buenos Aires in the second half of the 19th century. The hypothesis that arises is that the murder of the painter Jacobo Fiorini by his wife Clorinda Sarracán and her accomplices produced a controversy in the political and academic elite about the abolition of capital punishment. As a second hypothesis, it is proposed that this case inspired Carlos Tejedor to exempt women from the death penalty in his Penal Code Project.

Keywords: Death Penalty, History of Law, Clorinda Sarracán de Fiorini, Carlos Tejedor, Legal Culture.

I. Introducción

Desde la práctica el gobierno de Juan Manuel de Rosas reforzaba la idea de que únicamente la pedagogía del terror podía inculcar la “democracia” y el “progreso” a una cultura de la campaña que lo resistía y que se inclinaba a la violencia.¹ El propio gobernador dijo a la Legislatura en 1847 que la suma del poder público “se ha empleado en actos de clemencia, y en sostener los derechos y garantías de todas las personas y propiedades, sin excepción alguna, contra violencias individuales o abusos de autoridad”.²

1. Salvatore, Ricardo D., *Subalternos, derecho y justicia penal. Ensayos de historia social y cultural argentina 1829-1940*, Barcelona, Gedisa, 2010, pp. 163 y 165.

2. Ibáñez Frocham, Manuel, *La organización judicial argentina (Ensayo histórico). Época colonial y antecedentes patrios hasta 1853*, prólogo de Emilio Ravignani, Buenos Aires, Librería y Editorial “La Facultad”, 1938, pp. 240-243.

Rosas no intervino personalmente en las causas civiles y comerciales, pero no hizo lo mismo en las criminales. En el *Índice del Archivo del Departamento General de Policía* se pueden ver diferentes condenas que impuso, incluso la pena capital sin que se supiera cuál era el delito. Por otra parte, en algunas ocasiones sus condenas no eran escritas y se las puede caracterizar como una justicia expeditiva y severa a los reos de delitos comunes. Tampoco se discutió que Rosas no tuviera facultades para actuar como juez del crimen en instancia única y condenar a la pena de muerte.³

El 22 de julio de 1853, la Sala de Representantes eligió como reemplazante del gobernador Manuel Pinto –que había fallecido– a Pastor Obligado. Obligado desconoció una promesa de amnistía y desterró a opositores federales. Por otra parte, en agosto se emitió un decreto para reorganizar la administración de justicia y se removió a los miembros de la Cámara de Justicia que fue presidida por Valentín Alsina.⁴ Después de sancionarse leyes penales históricas de la nación y de la provincia de Buenos Aires la necesidad de superar el desorden legislativo fue un constante afán de la elite política y académica. Pero esto no se logró hasta que en 1877 el Proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor empezó a regir en el territorio bonaerense y en 1886 a nivel nacional.⁵

En octubre de 1856 ocurrió en San Isidro un caso de insospechada trascendencia y que atrajo la atención de la sociedad de Buenos Aires. Sin embargo, esta causa criminal pasaría a jugar un rol decisivo en el proceso orientado a abolir la pena de muerte a pesar de las escasas ejecuciones registradas por las estadísticas provinciales.⁶ El presente trabajo trata desde la

3. *Índice del Archivo del Departamento General de Policía, desde el año de 1831*, Buenos Aires, Imprenta de La Tribuna, 1860, t. I, pp. 181, 351, 354 y 422.

4. Wasserman, Fabio, “La política, entre el orden local y la organización nacional”, en Ternavasio, Marcela (dir.), *Historia de la Provincia de Buenos Aires. De la organización provincial a la federalización de Buenos Aires (1821-1880)*, Buenos Aires-Gonnet, Edhasa-Unipe editorial, 2013, p. 170.

5. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1950, t. I, pp. 786 y 794.

6. Hace medio siglo Abelardo Levaggi abordó desde la iushistoria el caso de Clorinda Sarracán dentro de su trabajo sobre la pena de muerte en el derecho argentino precodificado. Levaggi, Abelardo, “La pena de muerte en el derecho argentino precodificado. Un capítulo de la historia de las ideas penales”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* N° 23, Buenos Aires, 1972, pp. 49 y 53.

historia del derecho, el debate sobre la pena de muerte en el Estado de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX. La hipótesis planteada es que el asesinato del pintor Jacobo Fiorini por su esposa Clorinda Sarracán y sus cómplices produjo una polémica en la elite gobernante sobre la abolición de la pena de muerte.⁷ Como segunda hipótesis se plantea que este caso inspiró a Carlos Tejedor a exceptuar a la mujer de la pena capital en su Proyecto de Código Penal.⁸ Por esa época en muchos países la mujer que asesinaba a su marido sufría la pena de muerte.⁹

7. La imagen de Clorinda Sarracán y sus cómplices figuraba en las publicaciones que reproducían el proceso. Al respecto, dijo Francisco Laplaza: “El conocido proceso de la Sarracán que difundido por entregas que incluían, además de la vista fiscal de Emilio Agrelo y las defensas de la principal acusada, por Carlos Tejedor, y de los Gutiérrez, por Marcelino Aguirre, así como la sentencia del juez de primera instancia Miguel Navarro Viola, aprobada en consulta por la Cámara de Justicia, cuatro litografías sobre dibujo a lápiz de Martín L. Boneo, que representaban a Clorinda, a la víctima Jacobo Fiorini y a los autores materiales, Crispín y Remigio Gutiérrez, con las armas que utilizaron para consumir el hecho: una pistola, un trozo de cuerda o guasca y una maza”. Laplaza, Francisco P., *Antecedentes de nuestro periodismo forense hasta la aparición de “La Revista Criminal” (1873) como introducción a la historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Dirección General de Institutos Penales de la Nación, 1950, pp. 130-131.

8. “Artículo Quinto: Ninguna mujer será ejecutada. La que cometiére crimen que merezca esta pena, sufrirá la de penitenciaría por tiempo indeterminado, con opción a la reducción de que se habla en su lugar”. Tejedor en la nota de este artículo mencionó: “Nosotros preferimos libertar siempre a la mujer de esta pena: 1° por el sentimiento repugnante que despierta la ejecución de una mujer; 2° a fin de disminuir por este medio indirecto la aplicación de una pena, que más o menos tarde debe quedar abolida de los códigos modernos”. *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajando por encargo del gobierno nacional por el doctor don Carlos Tejedor. Parte primera*, Buenos Aires, Imprenta del Comercio del Plata, 1866, p. 97.

9. Un periódico titulaba a una noticia “Valor femenino” donde decía que en Finlandia una joven que había asesinado a su marido de un pistoletazo sufrió la pena de muerte. Más de 20.000 personas vieron la ejecución y quedaron sorprendidas del valor de la mujer cuando caminaba al patíbulo. “Al llegar al patíbulo se quitó el sombrero y el chal, vendose los ojos ella misma, y habiéndose negado a recibir los últimos auxilios puso tranquilamente la cabeza sobre el tajo final, y esta rodó a los pocos momentos bajo el hacha del verdugo”. *El Nacional* N° 1346, 08/11/1856.

II. El pintor Jacobo Fiorini y su desaparición

El pintor Jacobo Fiorini en algunas ocasiones viajaba desde su chacra en San Isidro al café de París en Buenos Aires. A diferencia de otros espacios urbanos, los cafés fueron zonas reservadas a las elites y se desarrollaban lazos de sociabilidad más efímeros y menos formales que los realizados en las reuniones privadas. Fiorini también era conocido como Lorenzo, pero su verdadero nombre era Jacobo y habría nacido posiblemente en Bolonia o Ferrara a fines del siglo XVIII o comienzos del siglo XIX.¹⁰ Sobresalió como uno de los retratistas y miniaturistas más famosos de la sociedad porteña en la época del Restaurador. Entre sus pinturas se destacaron los retratos de Rosas, Mariano de Somellera, Miguel de Azcuénaga, Marcos Balcarce, Dolores Posadas de Meyer y María Lacasa de Suárez. Para el momento en que se produjo su desaparición se encontraba retirado de la actividad.¹¹

El 24 de octubre de 1856 se conoció en Buenos Aires la desaparición misteriosa de Fiorini que varios días antes había viajado a caballo desde su chacra en Santos Lugares a la capital. Un periódico destacaba que Fiorini, antiguo vecino de la ciudad, casado en el país y con propiedades,

salió el lunes de la otra semana de su chacra en Santos Lugares, a caballo con dirección a la ciudad. Desde ese día nada se sabe del señor Fiorini, a pesar de las vivas diligencias de su familia. Cuéntase que el domingo anterior, a la noche, algunos hombres a caballo amenazaron al señor Fiorini en su chacra. Hay pues fundados temores de que haya sido víctima de alguna asechanza.¹²

10. Cutolo, Vicente Osvaldo, *Nuevo diccionario biográfico argentino (1750-1930)*, Buenos Aires, Elche, 1971, t. III, p. 97. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez por el asesinato de D. Jacobo Fiorini esposo de la primera copiada del proceso con autorización superior*, Buenos Aires, Imprenta de "El Eco", 1856, p. 7. Myers, Jorge, "Una revolución en las costumbres: las nuevas formas de sociabilidad de la elite porteña, 1800-1860", en Devoto, Fernando y Madero, Marta (dir.), *Historia de la vida privada en la Argentina. País antiguo. De la colonia a 1870*, Buenos Aires, Taurus, 2000, t. I, p. 134.

11. Levaggi, "La pena de muerte...", p. 53.

12. *El Nacional* N° 1334, 24/10/1856. Por su parte la prensa destacaba que se les había comunicado que Fiorini, antiguo vecino de la ciudad, casado en el país y con propiedades,

Un día después, otro periódico mencionaba también esta inexplicable situación sufrida por Fiorini: “Nos aseguran que hasta ayer tarde nada había podido saberse del paradero del señor Fiorini, creciendo naturalmente las sospechas de que haya sido víctima de un crimen”.¹³ El 27 de octubre *El Nacional* denunciaba la desaparición del pintor:

Muchas personas nos piden llamemos la atención sobre las causas que hayan dado motivo a esta desaparición. Si ha muerto asesinado ¿dónde está el cadáver o cuáles los indicios del crimen?

Agregaba que si el artista no fue víctima de la malevolencia y su desaparición era voluntaria: “¿Cuáles son los antecedentes de esa fuga?”. Correspondía a los parientes de Fiorini dar los primeros pasos en la averiguación. “La autoridad no puede hacer más que prestar ayuda”.¹⁴

III. La instrucción del sumario

Miguel Navarro Viola al ser nombrado juez del crimen del Departamento del Sud (Dolores) siguió el intercambio epistolar con sus amigos políticos y literarios como Vicente López y Planes y Benjamín Victorica. Por otra parte, tuvo una influencia benéfica en Dolores donde puso a la población segura de delincuentes y mejoró el servicio de fronteras para evitar los malones. El gobernador Obligado apoyó las mejoras solicitadas por Navarro Viola, joven de 25 años, pero con carácter firme. Para abril de 1856 el gobernador solicitó a Navarro Viola que postergara por un tiempo su dimisión “no obstante haber sido usted electo representante por esa sección, deseo siga

había salido a caballo con dirección a la ciudad el lunes de la semana anterior de su chacra en Santos Lugares. Desde ese día nada se sabía del pintor, a pesar de las diligencias realizadas por su familia. Señalaba que el domingo anterior, a la noche, algunos hombres a caballo amenazaron a Fiorini en su chacra. “Hay pues fundados temores de que haya sido víctima de alguna asechanza. Ignoramos si el hecho ha dado origen a las indagaciones de la autoridad; y mucho nos alegraremos de que no resulte al fin ningún accidente lamentable”. *El Orden* N° 369, 24/10/1856.

13. *El Orden* N° 370, 25/10/1856.

14. *El Nacional* N° 1337, 27/10/1856.

usted ocupando ese distinguido cargo, teniendo en cuenta la importancia que resulta que usted continúe allí sus delicadas funciones”. El 21 de mayo Navarro Viola respondió al gobernador:

Me refiero al nombramiento del juez que debe reemplazarme. Me consideraría un egoísta si me limitase a esperar fríamente ese nombramiento, callando cuando tengo algo que decir y es: que en vista de la escasez de abogados que reúnan las condiciones necesarias y quieran, al mismo tiempo, aceptar este destino, creo que sería peligroso sacrificar el fondo a la forma, es decir, atender más al número de años de práctica que a una probidad intachable. No me atrevería, excelentísimo señor a hacer esta indicación, si no tuviera la conciencia de lo esencial que es esa última condición en estos juzgados aislados y rodeados sólo de la riqueza de nuestra campaña, la que si no es fácil que llegue a corromper con formas groseras, no es difícil que llegue a influir y a destruir la igualdad: ese norte de los jueces independientes.¹⁵

Los problemas en el sistema judicial fueron denunciados por el juez Navarro Viola. En nota al ministro de gobierno Valentín Alsina del 9 de mayo de 1856, describió los obstáculos a la buena administración de justicia. De ahí que Alsina remitiera a los jueces de paz y comisarios una nota para el cumplimiento de las atribuciones de los funcionarios en materia penal.¹⁶

En la “Advertencia” del extracto del sumario editado por la imprenta porteña El Eco se decía que cuando la ley humana castigaba al delincuente había conciencia en el ánimo del pueblo de que ella había sido justa. Se recordaba que estaba por votarse la ley que elegiría el castigo que debiera pesar sobre la criminal cabeza que concibió e instigó las atrocidades que el lector iba a conocer.¹⁷ El 26 de octubre se publicó que Fiorini habría sido asesinado:

15. Rivero Astengo, Agustín, *Miguel Navarro Viola, el opositor victorioso 1830-1890*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1947, pp. 47-50.

16. Levene, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, G. Kraft, 1958, t. X, pp. 106-107.

17. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, p. 3.

Tenemos el disgusto de repetir que hasta ahora nada se sabe del paradero de este sujeto. Los asesinos –porque parece indudablemente que el señor Fiorini ha sido víctima de un crimen– han tenido sobrado tiempo para ocultar el cuerpo del delito y tomar precauciones. Muchos días después del que salió de su chacra en Santos Lugares, y notando su señora su tardanza en la ciudad, que nunca prolongaba tanto, fue cuando sucedieron las primeras dudas que hoy se han comentado en casi certidumbre de una catástrofe. Es de esperarse que la policía de Flores y todas las autoridades desplieguen actividad en sus averiguaciones.¹⁸

La causa contra Sarracán se había iniciado por el oficio del 27 de octubre de 1856 remitido por el juez semanero de la Cámara de Apelaciones Basilio Salas al juez Navarro Viola por la pública notoriedad de la desaparición de Fiorini. Por acuerdo extraordinario de la Cámara de Apelaciones, el juez tenía que indagar sobre esta desaparición que podía ser el resultado de un crimen y practicar las diligencias necesarias. El magistrado en la misma fecha dispuso: “líbrese oficio a la Policía para que, en el día, remita los antecedentes que obren en ese Departamento relativos a la desaparición de Fiorini”.¹⁹

La Cámara de Justicia había evaluado a este suceso como muy grave y en acuerdo extraordinario decidió activar esta causa criminal de público conocimiento:

En Buenos Aires, a 27 de octubre de 1856, reunidos en acuerdo extraordinario los señores de la excelentísima Cámara de Justicia, doctores don Juan José Cernadas, don Domingo Pica, don Francisco de las Carreras y don Basilio Salas, dijeron: Que siendo de pública notoriedad la desaparición del vecino Fiorini y no teniendo hasta esta fecha el Tribunal noticia oficial de pasos que se hayan dado por las autoridades para la indagación de este he-

18. *El Orden* N° 371, 26/10/1856.

19. Levaggi después de una intensa búsqueda en los principales repositorios públicos no pudo encontrar la causa original de Sarracán. Levaggi, “La pena de muerte...”, pp. 26-27. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, p. 5.

cho, que puede ser el resultado de un crimen, debían mandar y mandaron en esta fecha, encargar al juez del crimen doctor don Miguel Navarro Viola para que practique las diligencias judiciales que considere necesarias a fin de descubrir la causa de aquella desaparición procediendo al efecto con arreglo a derecho.²⁰

El periodismo al referirse a las pesquisas por la desaparición de Fiorini señalaba:

Ayer salieron en busca del señor Fiorini, el juez del crimen señor Navarro Viola, y el comisario de policía señor Arnaud. El señor jefe de policía no satisfecho con el resultado que habían dado las diligencias practicadas por la autoridad local de San Isidro, había comisionado a este último para adelantar la investigación; y en efecto el señor Arnaud ha remitido hoy cuatro individuos a declarar ante el señor juez del crimen.²¹

Por su parte, en la misma fecha *El Orden* mencionaba sobre el paradero del pintor:

Nada se ha adelantado a las indagaciones para el descubrimiento del paradero del señor Fiorini, suceso que ha llamado tanto la atención. Nos informan que la Cámara de Justicia ha nombrado al doctor Navarro Viola, juez del crimen, para que pase inmediatamente a Santos Lugares a proceder como corresponde para la averiguación del hecho. Al mismo tiempo el gobierno excitó el celo de la policía, la que ya había despachado al comisario Arnaud a aquel punto.²²

20. *Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Autos acordados desde 1810. Acuerdos extraordinarios, resoluciones y noticias referentes a la administración de justicia. Segunda edición autorizada que hizo de la publicación el secretario de la Suprema Corte Dr. Aurelio Prado y Rojas*, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1892, t. I, p. 233.

21. *El Nacional* N° 1338, 28/10/1856.

22. *El Orden* N° 372, 28/10/1856.

IV. Las pruebas

Aclaraban las Partidas que prueba es “auerigamiento que se fase en juyzio, en razón de alguna cosa que es dubdosa”.²³ El 27 de octubre compareció en la sala del juzgado Carlos Sarracán, padre de Clorinda, y manifestó que hacía dos años que no tenía trato con su yerno. Señaló que en la nueva Aduana recibió una esquela de su cuñada María Martínez de Ponzoni, donde decía que Clorinda acababa de venir del establecimiento rural y que hacía ocho días que Fiorini había salido de su chacra sin retornar. El padre de Clorinda se trasladó a la casa de la señora de Ponzoni donde su hija le confirmó las noticias de la esquela y que tampoco Fiorini volvió a su domicilio porteño de la calle del Parque 124. Por lo que dio parte al oficial primero de policía Luis Clavel, el cual quedó en pasar circulares para averiguar el paradero del pintor. Luego de pasar por la Policía, Sarracán se dirigió a la casa de la calle del Parque a cerciorarse de lo que le dijo Clorinda:

y que allí supo por la hija de Carrandi y Parker que no había llegado allí Fiorini, agregando ambos que la hija del declarante, al llegar de la chacra se había bajado allí en esa mañana, y que habiendo abierto la puerta del cuarto con una llave que tenía la hija de Carrandi, había expresado que, al parecer, no faltaba ropa. Que de lo de Carrandi, se fue el declarante a su escritorio de donde volvió a la policía como a las once de la noche, y el oficial primero le entregó un oficio para el señor juez de paz de San Isidro, ordenándole que practicase las diligencias del caso. Que, a pesar de las diligencias practicadas, ningún dato se ha obtenido acerca del paradero de Fiorini.

Cuando se le preguntó sobre lo que le mencionó su hija Clorinda en la casa de la señora de Ponzoni “contestó, que le dijo: que Fiorini había salido el lunes 13 de madrugada”. Agregó que el jueves de la misma semana estuvo en la chacra un francés llamado Risse a buscar a Fiorini por negocios que iba a realizar con él “no habiéndolo encontrado en su casa habitación, en el pueblo, insistiendo en que debía estar en la chacra”. Entonces la señora de

23. P. III, 14, 1 [Se cita el número de partida, título y ley respectivamente].

Ponzoni le contestó que debía estar en su casa en el pueblo y que volviese a buscarlo y en caso de no encontrarlo, se lo avisase. No lo realizó hasta el día veinte y ella no se resolvió a venirse ese mismo día. Luego se le preguntó si Fiorini tenía costumbre de venir con frecuencia a la ciudad y “contestó que solía verlo algunas veces en el café de París”. Se aportaron como pruebas al juzgado unas cartas donde el padre de Clorinda le pedía a su hija que averiguara quién era el hombre que en la noche del domingo 12 de octubre insultó al pintor y que en la casa había oído esto. El oficial 1º de policía Manuel Pico sospechó de Carlos Sarracán y cómo supo que el individuo a que hacía referencia en la carta estuvo la noche del día 12 cuando él no se encontraba allí. Pico envió al juez Navarro Viola como detenidos al capataz Crispín Gutiérrez y los peones Martín y Guillermo Arriola. Crispín se encontraba un poco asustado porque en la ciudad se rumoreaba que él había asesinado a su patrón. El peón Martín Arriola compareció en el juzgado el 28 de octubre y declaró que el sábado 11 pidió permiso a Clorinda para ir a mudarse a la chacra de Ramón Paiba donde vivía su madre. A la pregunta de cómo supo él que Fiorini no estaba bien por el comisario Arnaud, respondió que lo ignoraba porque hacía como seis días recién que se había conchabado en la chacra con Clorinda y no había visto al patrón. El testigo tenía 16 años de edad, no sabía firmar y no le comprendían las generales de la ley. También en la misma fecha declaró Vicente Fiorini y dijo que sabía de los disgustos domésticos entre su hermano y Clorinda. Recordaba que cuando le preguntó hacía como siete u ocho meses por el nombre de su último hijo le contestó que el padre le pondría el nombre porque no era suyo. Asimismo, declaró que pasó dos días en la chacra de su hermano y que este le dijo que hacía algunas noches que su esposa abandonó el hogar en una carreta con dirección al pueblo y que él no pensaba hacer que volviera.²⁴

El 29 de octubre un periódico informaba que el juez Navarro Viola no pudo salir antes de ayer tarde como se creía que lo había hecho. Pero el comisario Arnaud fue el lunes a Santos Lugares a hacer indagaciones con cuatro vigilantes y llegó a la chacra de Fiorini a la noche. El 28 por la mañana

24. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, pp. 6-18.

llegaron remitidos por Arnaud el capataz y peones de la chacra, quienes fueron puestos a disposición del juez del crimen.²⁵

El 30 de octubre compareció en el juzgado Isidro Manuel Río, alcalde del cuartel 6 del partido de San Isidro. Se le preguntó si sabía de la desaparición de Fiorini, qué día y cómo. Respondió que no sabía de la desaparición del pintor hasta los ocho o nueve días en que se le presentó Sarracán, suegro de Fiorini, con un oficio de la policía y desde entonces puso todos los medios a su alcance sin poder descubrir nada. También se le preguntó si Clorinda le manifestó algunos temores sobre su esposo y respondió que “Fiorini estaba afligido por unas letras que se le estaban por vencer”. Se le preguntó si recordaba algún dato especial de las declaraciones de los empleados de la chacra y dijo “que Fiorini llevaba unas docenas de camisas atadas a la cintura”.²⁶ El mismo día *El Orden* elogiaba la actividad judicial de Navarro Viola “para adelantar las pesquisas respecto de la misteriosa desaparición del señor Fiorini”.²⁷

El 31 de octubre se había librado oficio para la captura de Claudia Álvarez de 16 años de edad que trabajaba en la chacra de Fiorini. Al día siguiente se le notificó sobre el motivo de su arresto y que nombrara defensor. La joven declaró que Clorinda y Crispín Gutiérrez convinieron en asesinarlo con la complicidad de su hermano Remigio como a las ocho de la noche con una maza y una pistola. Crispín le había pegado un pistoletazo y Remigio le dio el primer golpe en la cabeza con esa maza y que Crispín lo remató con el mismo objeto. Señaló que la anciana lavandera Nicolasa y ella durmieron en la misma pieza que acostumbraban y “Remigio en la pieza de al lado, y Crispín con la patrona en la misma cama como tenía de costumbre siempre que el patrón estaba en la ciudad”. Luego se le preguntó qué personas estuvieron en la casa el día del asesinato y al siguiente. Claudia dijo que el día del crimen estuvo únicamente el panadero como lo hacía diariamente “y que habiendo dormido allí el sábado un mercachifle italiano que solía quedarse cuando pasaba por la chacra, se fue el domingo temprano”. Agregó que al día siguiente del asesinato estuvo Carlos Sarracán con un tal Mendoza y un

25. *El Orden* N° 373, 29/10/1856.

26. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, p. 19.

27. *El Orden* N° 373, 30/10/1856.

Gervasio que permanecieron todo el día habiendo pasado mucho tiempo paseando por la chacra con Crispín “mientras don Carlos estaba adentro con la patrona”. Solo sabía que Mendoza vivía en Palermo y Gervasio trabajaba en la Aduana nueva.²⁸

Desde los periódicos se insistía en hacer notar la desaparición de Fiorini quince días antes. La tendencia en la opinión era que se trataba de un crimen y se señalaban sus autores. “La Policía se había largado en el rastro, y a su actividad se debe el que se haya descubierto el delito, el que se sepa quién fue el ejecutor de ese asesinato, y encontrándose el cadáver”. Fiorini había sido asesinado a garrotazos y su cadáver escondido enfrente de su casa quinta en un lugar en donde las últimas aguas hicieron un pozo. El día anterior se había acercado el juez del crimen acompañado de médicos al lugar del asesinato para completar las investigaciones y agregar mayor número de declaraciones y pruebas, por lo que fueron detenidos Clorinda y el capataz. El periódico exhortaba a la justicia “el llevar sus deberes, castigando a los criminales”.²⁹

El 1º de noviembre el juez Navarro Viola notificó a los detenidos que nombraran defensores. Crispín Gutiérrez dijo que no tenía a quién designar. Clorinda nombró defensor a Roque José Pérez, mientras que su padre Carlos Sarracán designó a Carlos Tejedor. Nicolasa Merlo no tenía a quién nombrar defensor y Claudia Álvarez se encontraba en la misma situación. Se realizó un careo entre Martín Arriola y las presas Nicolasa y Claudia y luego entre ellas.³⁰ El mismo día *El Orden* titulaba al caso Fiorini como “Un gran crimen” con el resultado de las investigaciones y el hallazgo del cuerpo de la víctima. Mencionaba que había que vencer la repugnancia de dar odiosos detalles, pero no había que omitirlos porque eran la base de una causa que prometía una triste celebridad en la historia criminal.

28. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, pp. 20-24.

29. *El Nacional* N° 1340, 31/10/1856. En la misma fecha *El Orden* seguía transmitiendo las novedades del proceso Fiorini: “Según hemos oído decir, este asunto se encamina de modo que la justicia puede antes de mucho descubrir la verdad. Según ciertos indicios, hay quien cree que la desaparición del señor Fiorini envuelve uno de esos crímenes que hacen célebres las causas. Nada sabemos”. *El Orden* N° 374, 31/10/1856.

30. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, pp. 21-25.

La declaración tomada a un individuo ha dado a la justicia un hilo para guiarlo en el descubrimiento deseado. El jueves a la tarde, el doctor Navarro Viola, acompañado del escribano Araujo, y de los dos médicos de policía, doctores Blancas y Amoedo, se trasladaron en carruaje a la chacra de Fiorini para proceder a diligencias importantes.

Antes los había precedido el comisario Arnaud, que se comportó con gran actividad y notable destreza. El juez tomó en la chacra las declaraciones y a la mañana siguiente se comenzó la excavación en el lugar donde estaba sepultado el cadáver. A las cinco de la mañana empezó esta operación por ocho peones en un punto del patio a dos varas y media de la pared del dormitorio de los esposos. Ese lugar se hizo aparecer en las primeras declaraciones como si fuera un charco de la casa. Tenía una profundidad de dos varas la hondura donde se encontró el cadáver y se calculó que estuvo enterrado de dieciséis a diecisiete días. El cuerpo estaba vestido con un pantalón, saco negro, corbata, talma y sin chaleco. Tenía una soga al cuello y la cabeza hecha pedazos con una maceta que se encontró también al lado. La soga parecía haber sido utilizada para arrastrarlo. Se procedió a la autopsia que fue practicada con la mejor prolijidad y tardó dos horas y media. El cadáver fue colocado en un cajón de madera y conducido a la ciudad en carreta de bueyes.

Gravísimas son las sospechas que pesan sobre el capataz Crispulo [Crispín] Gutiérrez, argentino, de 26 a 28 años de edad. Este individuo fue traído a la cárcel, donde también están una china llamada Nicolasa, cocinera, un peón, y la misma joven esposa de Fiorini, que tiene consigo a su hija que es una niña de pechos.

En la casa quedaron cuatro hijos de poca edad. Se informaba que el padre de Clorinda fue también preso. El periódico calificaba al suceso reflejado por una siniestra luz y que jamás Fiorini creyó que encontraría en su vejez una tumba en su hogar por manos que él juzgaba amigas. Decía que la causa pendiente del fallo de la ley interesaba profundamente a la sociedad consternada por un hecho que parecía encerrar un horrible y doloroso misterio.³¹

31. *El Orden* N° 375, 01/11/1856.

El Nacional destacaba que habían sido tomadas las declaraciones

y averiguado el crimen por la confesión propia de los criminales, hallándose todos ellos presos, con excepción de uno solo que muy luego traerá a la cárcel el activo comisario Arnaud. Créese con fundamento que puede recaer sentencia en breves días. Nada queda ya por averiguarse de este trágico suceso.³²

El 3 de noviembre el juez Navarro Viola notificó a Clorinda que nombrara un nuevo defensor y padrino de confesión debido a las excusaciones del defensor Roque Pérez y el padrino José María Bustillo. Por lo que el mismo día el juez, el padrino nombrado Joaquín Cueto y el actuario se trasladaron a la alcaldía de la cárcel pública para tomar confesión a Clorinda. La acusada ratificó su confesión anterior y se le preguntó por su nacimiento y educación. Dijo que tenía 26 años de edad y era hija natural del sobrestante de la obra de la Aduana nueva Carlos Sarracán de 50 años. Frecuentemente sufría violencia física y moral por parte de Fiorini, con quien tuvo cinco hijos, asimismo, muchas veces se retiraba del hogar y nadie le daba refugio, aunque la viesen golpeada en el rostro y manos. Había sido educada por una tía abuela suya y después de su fallecimiento vivió con Fiorini, “padrino de óleos de la confesante habiendo contraído matrimonio con él a los quince años”. Cuando se le preguntó si se había puesto de acuerdo con Crispín Gutiérrez para matar a su esposo contestó que no era cierto. Reconvénida por negar el hecho cuando Crispín lo asegurara en su confesión y la misma Clorinda en el careo con Claudia y Nicolasa de conocer el asesinato que debía perpetrarse desde días antes y que aun Nicolasa proponía los medios de llevarlo a cabo, la acusada contestó que aun cuando eran ciertos los antecedentes, no lo eran de un modo formal. También dijo que era falsa la fecha del domingo 12 de octubre para la ejecución del crimen. Reconvénida sobre por qué tenía una bayoneta ese día, respondió que no era cierto cuando Crispín dijo que la confesante se la quitó y escondió debajo del colchón de uno de sus hijos de edad de tres años llamado Benigno y a quien llamaban Querino. Tampoco era verdad lo que dijo Claudia Álvarez porque, aunque había visto una bayoneta, era falso lo demás. A la pregunta de si la misma noche del

32. *El Nacional* N° 1341, 03/11/1856.

domingo 12 Fiorini cenó en la sala polenta y si ella le había servido la mesa “contestó que era cierto”. Preguntada si después de cenar Fiorini ella salió de la sala y entraron a la misma Crispín con una pistola y Remigio con una maza para matar al italiano “en circunstancias que este buscaba con una luz la bayoneta, contestó que lo ignora”. Reconvenida de lo que confesó Crispín respondió que era falso. Se le preguntó si había escuchado un tiro y respondió que lo escuchó y que fue desde la cocina a los cuatro cuartos de la sala “y que habiendo oído los quejidos le dijo a Nicolasa que deberían dar parte y esta le contestó que no fuese cobarde”. Reconvenida si había dormido con Crispín como tenía de costumbre “sobre cuyo adulterio le resulta cargo” respondió que era falso. El juez insistió con la pregunta porque Crispín dijo “haber dormido con doña Clorinda como tenía de costumbre, cuando no estaba el patrón” y que también lo afirmó Claudia que “Crispín durmió con la patrona en la misma cama como tenía de costumbre siempre que el patrón estaba en la ciudad”. También afirmó Nicolasa “que la confesante vivía con Crispín todo el tiempo que su patrón no estaba en la chacra y que la misma noche del asesinato durmió con él, pues cuando la declarante le llevó el mate a la cama, Crispín se estaba levantando de la misma cama desnudo”. Clorinda sorprendida respondió que no sabía que contestar.³³

El 4 de noviembre *El Nacional* informaba que el comisario Nicolás Arnaud regresó de Luján con el único cómplice que faltaba apresar. Las indagaciones habían concluido y la causa había pasado al fiscal. “El señor Sarracán ha sido hoy puesto en libertad, sin haberse encontrado motivo ninguno para seguirse causa”.³⁴ Por otra parte, en la misma fecha se amplió la confesión de Clorinda ante el padrino, el actuario y el juez quien le preguntó “cuándo contrajo matrimonio, qué sacerdote lo autorizó, y quiénes fueron los padrinos”. Clorinda respondió que el matrimonio se hizo diez años antes en casa de ella y lo autorizó un teniente cura de la parroquia de San Miguel. Los padrinos fueron Albino Favié y Fernanda Moranchel que después casó con un tal Gómez. En la misma fecha el juez libró oficio urgente al cura de la parroquia de San Miguel para que remitiera la partida de casamiento de Fiorini. Se dispuso la libertad de Martín Arriola y de Carlos Sarracán y que pasaran al juez en lo

33. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, pp. 34-37.

34. *El Nacional* N° 1342, 04/11/1856.

civil los objetos entregados en el juzgado por Adolfo Sarracán “debiendo remitirse al mismo juzgado todos los antecedentes que sobre los bienes de Fiorini se adquirieren”. Remigio Gutiérrez había sido capturado en la villa de Luján y al juez Carrasco se le entregaron varios objetos pertenecientes a la familia Fiorini, entre ellos un reloj de oro manchado con sangre y quedaron en poder del actuario hasta la finalización de la causa. También se ordenó que la Casa de Moneda tuviera a disposición del juez de la testamentaría Carrasco 8000 pesos y 4 y $\frac{3}{4}$ onzas de oro. El juez Navarro Viola se trasladó a la alcaldía de la cárcel pública para tomar declaración a Remigio quien contestó que se llamaba Remigio Gutiérrez, natural del Estado, de 19 años, soltero y de ejercicio peón de campo. Se le preguntó quién lo había aprehendido y el motivo y respondió que fue el comisario Arnaud en Luján el lunes 3 del corriente por el asesinato de Fiorini. Le fueron exhibidas la maza y la pistola y se le preguntó si conocía estas armas “contestó: que sí por haber sido peón de Fiorini y que estas quedaron en la casa”. El juez le preguntó en qué paraje habían quedado tras de la casa y respondió “enterrada con el cadáver de Fiorini y que la pistola ignora dónde quedaría”. A la pregunta de cómo fue muerto Fiorini, contestó Remigio que él y su hermano tuvieron una diferencia con el pintor “hallándose este en el altillo de la chacra le fue a cobrar el importe de lo que había trabajado, y Fiorini le tiró de arriba un papel de 500 pesos para que se cobrara, el cual le quitó doña Clorinda diciéndole que ella le iba a pagar, y dándole el papel para que lo fuese a cambiar a la pulpería para pagarle”. Cuando volvió el declarante se encontró con que le habían largado sus caballos y que Clorinda le pidió ayuda para matar a Fiorini. Remigio le dijo a Clorinda que no se animaba a matar a Fiorini y que ella lo amenazó con una bayoneta. Entonces su hermano le dijo que ya era hora y Clorinda los obligó a entrar “llevando el que declara en la mano la maceta, y su hermano la pistola, y que habiéndole disparado con ella un tiro sin saber si le acertó, le dio de golpes con la misma pistola en la cabeza, y el declarante con la maza”. Luego de matarlo lo enterraron y enseguida Clorinda “lo mandó al declarante con Nicolasa a lavar la sangre de la sala, pareciéndole que esa noche quedó en remojo un pedazo de alfombra que el declarante cortó”. Luego se le preguntó que hicieron Claudia y Nicolasa en el momento en que se ejecutó la muerte y respondió que “ellas habían salido para el lado del palomar con los niños, y que solo Nicolasa estuvo lavando la sangre después”. El mismo día después de la indagatoria a Remigio se le tomó confesión y se le nombró padrino a Joaquín Cueto y que nombrara un defensor o en su defecto el de pobres. Remigio ratificó la

declaración indagatoria “sin que tenga alteración alguna que hacerle”. Se le formó culpa y cargo porque en la noche del 12 de octubre, él y su hermano Crispín era cierto que asesinaron a Fiorini, quien no hizo ninguna resistencia pero que como declaró fue inducido por la señora. Sin embargo, al juez no lo convenció esta última parte de la confesión y reconvino a Remigio “cómo dice que lo hizo contra su voluntad cuando de su declaración resulta que antes de la oración fue a una pulpería a cambiar un papel de 500 y buscar algunas cosas para la señora, en cuya ocasión bien pudo librarse de las sugerencias de ésta, yéndose”. Remigio contestó que no lo hizo “porque de los 500 pesos solo le pertenecían cincuenta”. Cabe destacar que no consta que el acusado tuviera en este acto procesal un defensor.³⁵

El 5 de noviembre *El Nacional* destacaba que por la declaración de los presos en la causa de Fiorini “resulta, que la mujer de este, el capataz y su hermano, han sido los que ultimaron a aquel desgraciado, siendo este último quien le pegó el primer golpe en la cabeza con la maceta”.³⁶

V. La acusación del fiscal Emilio Agrelo

Por su parte, el fiscal Emilio Agrelo en su vista del 7 de noviembre acusó a Clorinda de homicida y que debía a su marido la educación de sus primeros años. También era cierto que después de cometido el homicidio ella lo ocultó y ayudó a sus ejecutores para borrar los rastros del espantoso hecho; esto llevó al fiscal a decir que Clorinda era una mujer sin corazón, dada al reposo y al sueño, cuando a pocos pasos de su lecho, yacía ensangrentado el cuerpo de su infeliz esposo. Agregaba que a cada instante debían resonar en su oído los tristes lamentos que la agonía arrancaba al padre de sus hijos, quien le dio su nombre y posición en la sociedad, su padrino y a quien debía la educación inicial. A pesar de que era sin duda una perversa mujer, observó que Clorinda sin ser la ejecutora del crimen, sin haber instigado ni consentido en que se verificase el día domingo 12 de octubre, tenía que callarlo. Para esto debía ayudar a su ocultamiento y más cuando el principal autor del crimen era Crispín Gutiérrez con quien mantenía relaciones ilícitas y que este vínculo

35. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarraacán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, pp. 38-39.

36. *El Nacional* N° 1343, 05/11/1856.

unido a los antecedentes referidos fueron los móviles que la impulsaron a la ocultación del homicidio. Al fiscal le extrañaba este delito tan raro en las mujeres al ser más sensibles y débiles. Sin embargo, a pesar de fundamentar que Clorinda era una homicida, el fiscal solicitó la pena extraordinaria de quince años de presidio. Debía presenciar la justicia que se verificaría en las personas de Crispín y Remigio Gutiérrez como se solicitaría. Para los hermanos Gutiérrez pidió la pena de muerte con calidad de aleve y a las sirvientas diez años de presidio.³⁷ En la misma fecha de la acusación fiscal, *El Nacional* advertía que toda discusión de la prensa basada en rumores no oficiales y sobre todo si estas noticias eran judiciales, traía el inconveniente de extraviar la opinión. Describía los detalles que dieron los periódicos sobre el crimen y hasta comentaron la serenidad de Clorinda en la prisión. El periódico reconocía que los informes publicados se los dio el personal del juzgado:

No los culpamos por ello, pero el efecto de su condescendencia, si así puede llamarse el facilitar noticias que deben ser un secreto hasta que el fiscal haya formulado la acusación, trae el inconveniente, repetimos, de que la prensa por un celo mal entendido (no queremos decir hipócrita) en contra del crimen, haga exclamaciones y aspavientos que pueden caer luego en el más completo ridículo, si es que recae por último un fallo absolutorio como ha ocurrido en el suceso de la de Rivadavia.

Decía el periódico que aún el ridículo sería lo menor si la malevolencia no permitiera dudar de la imparcialidad de la justicia. “No queremos decir que la señora de Fiorini sea inocente, pero mientras la causa esté pendiente del fallo de los tribunales ¿a qué prevenir la opinión pública?”³⁸

VI. Carlos Tejedor y la defensa de Clorinda Sarracán

Como criminalista, a Carlos Tejedor le tocó defender a Clorinda Sarracán. Este jurista fue quien por primera vez en Argentina tuvo conciencia

37. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, pp. 44-48.

38. *El Nacional* N° 1345, 07/11/1856.

clara de que el derecho penal –complejo de normas jurídicas que tiene por centro el fenómeno delictivo– era diferente de la ciencia que estudiaba el conjunto de disposiciones legales.³⁹ El 6 de noviembre de 1856 Tejedor fue designado defensor con término de 48 horas y expuso que le sería imposible aceptar el nombramiento en el corto tiempo que se le señalaba para la defensa “y no siéndole admitida esta renuncia, la reitera la cual tampoco se admite: tercera vez resiste, con cuyo motivo el doctor Navarro consultando previamente a la Excelentísima Cámara y de acuerdo con ella, ordenó que se hiciese cargo el doctor Tejedor de la defensa”.⁴⁰ En esa misma fecha *El Nacional* resumía los pormenores de la causa donde se afirmaba que Fiorini no fue atacado por sorpresa y que se le hizo sufrir una especie de sitio o agonía lenta al conocer la suerte que le aguardaba. Señalaba que el italiano amenazado e insultado por los que después le asesinaron se refugió en una especie de altillo. De ahí bajó por insinuación de Clorinda que lo intentó tranquilizar. “Ella logró también quitarle una bayoneta de que se había armado para defenderse si le fuese posible. Todo concurre sin embargo a hacer creer que la víctima estaba completamente amedrentada, y que había perdido toda resolución para vender cara su vida”. Se tenía conocimiento de que una maceta fue el arma con que se ultimó a Fiorini, pero se aclaraba que primero se le disparó un tiro que no dio en él. “La mujer, el capataz, el hermano de éste, y dos criadas jóvenes se ocuparon inmediatamente en lavar la mancha de sangre y en borrar los vestigios del hecho, quemándose con ese objeto un sillón. Después empezó la operación de cavar la sepultura, en lo cual se ocuparon el capataz y su hermano hasta las doce de la noche o hasta más tarde”. Explicaba el periódico que los hijos de Fiorini, entre ellos el mayor de nueve

39. Dijo Juan Silva Riestra: “Es también Tejedor quien más insistió y con mayor corrección en el carácter de público del derecho penal, afirmación que, si hoy es redundante, no se aceptaba entonces sin cierta reticencia. Al asumir la cátedra frisaba en los cuarenta. Había sido miembro de la Constituyente del 54 y de inmediato diputado provincial. Por esos mismos días un éxito de resonancia prestigió su bufete de abogado, al obtener, después de un alegato brillante, la absolución de doña Clorinda Sarracán, imputada de uxoricidio”. Silva Riestra, Juan, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires-Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943, p. 27.

40. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, pp. 41-42.

años, no dormían y escucharon el desorden en la casa: “Pero se les mantuvo algo lejos, entreteniéndolos cerca del palomar de la chacra. Afirmase que la esposa de Fiorini, ha mostrado en su prisión y ante el juez del crimen doctor Navarro Viola una gran energía que asombra”. Y en un tono compasivo la publicación mencionaba que Clorinda ya no podría acariciar a su pobre hija. La niña había sido entregada al cuidado de una nodriza bajo la vigilancia de la Sociedad de Beneficencia.⁴¹

El 21 de noviembre de 1853 en acuerdo extraordinario la Cámara de Apelaciones reglamentó la defensa que debían hacer los letrados nombrados de oficio o por los acusados en materia criminal.⁴² Al respecto, otra reforma judicial en ese año fue realizada por el gobernador Obligado, al reducir el número de miembros de la Cámara de Justicia de siete a cinco y retomar lo establecido en el Reglamento Provisorio de 1817. Dentro de ese contexto de reformas, Valentín Alsina –presidente de la Cámara y diputado provincial– presentó un proyecto para reorganizar la administración de justicia letrada en la zona rural con el establecimiento de departamentos judiciales integrados por los partidos.⁴³

41. *El Nacional* N° 1344, 06/11/1856.

42. Se refería a los abogados defensores que nombrados por los acusados o los de oficio han sido designados por el juez de la causa. En el caso de “aquellos no han tenido a quien encomendar su defensa, se han excusado de admitir este cargo, sin manifestar para ello motivos legítimos y probados, alegando en su lugar otros notoriamente falsos”. Se mencionaba que muchas veces el defensor de pobres y menores estaba recargado de causas criminales y por el retardo de las mismas se hacía saber que los abogados de acuerdo a su juramento debían representar gratuitamente a los pobres y miserables que no sabían defenderse a sí mismos ni tenían recursos para pagar un defensor. Se aclaraba que no era un acto voluntario de parte de los abogados el aceptar o rechazar tales defensas “sino que precisamente deben aceptarlas toda vez que no estén exceptuados por alguna excusación legítima”. En el caso de que el abogado no pudiera probar la excusación alegada, el tribunal tenía facultades “penando al abogado con la suspensión temporal de su oficio por el término que parezca proporcional al grado de culpabilidad que resulte de autos”. *Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires...*, t. I, pp. 207-208.

43. Candiotti, Magdalena y Yangilevich, Melina, “La justicia en la construcción del orden estatal”, en Ternavasio, Marcela (dir.), *Historia de la Provincia de Buenos Aires. De la organización provincial a la federalización de Buenos Aires (1821-1880)*, Buenos Aires-Gonnet, Edhasa-Unipe editorial, 2013, t. III, p. 190.

El 16 de noviembre Tejedor expresó que antes de tomar el caso el rumor público había hecho llegar hasta él que era una causa desesperada y que su defendida estaba confesa y convicta. Añadió que lo primero que buscó ansiosamente fue la pretendida confesión o esas pruebas que en su defecto servían para que la justicia descargara toda su severidad sobre un acusado “y debo asegurar que, si no me engañan las doctrinas que he aprendido en la escuela, pero que no tengo tiempo de compulsar en los libros, no hay tal confesión, como se requiere, para condenar por ella sola”. La confesión era una de las pruebas más preciosas del derecho y dejaba tranquilos a los jueces como decían los romanos *probatio probatissima*. Aclaraba que la confesión debía estar depurada de los vicios de sugestión y otros defectos de forma. Cuestionaba el careo donde Crispín, Clorinda y Nicolasa insistían en sus declaraciones: “Después de varias alegaciones, Clorinda confesó también el hecho (no se sabe qué hecho de los muchos hechos de la causa) confesando todo cuanto ser ciertos los detalles contenidos en las declaraciones de Claudia y Nicolasa”. Agregaba que Clorinda y Crispín sabían del asesinato que debía perpetrarse desde días antes y que aun Nicolasa proponía los medios de llevarlo a cabo “respondiendo ella que lo hacía en broma”. Advertía que todo estaba confuso por los que hacían la confesión y qué confesaban. Clorinda confesaba el hecho, pero ella no lo sabía sino Claudia y Nicolasa.

En nuestra jurisprudencia inquisitorial no conozco, señor, semejantes confusiones, ni V.S. mismo las conoce, puesto que ha tenido, que ocurrir después a las confesiones parciales, las cuales le han dado un completo resultado respecto de los reos Crispín, Remigio, Nicolasa y Claudia; pero no respecto a mi defendida.⁴⁴

44. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, pp. 60-62. Indicaba Feuerbach que la validez jurídica de una confesión requería: “a) La certeza del hecho típico, sea que ésta se base en la declaración del inculgado o en otros medios de prueba. Además, debe b) Ser prestada ante tribunal competente, c) Con consciencia, libertad y seriedad, y también d) Detalladamente y e) Sin probable limitación, pero, finalmente, f) Guardando coherencia en sí misma y con las otras circunstancias fácticas probadas”. Feuerbach, Anselm von, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 306.

Tejedor remitía al juez a que examinara las fojas 97 y vuelta donde iba a encontrar la verdad. Indicaba que esa página del proceso no presentaría nunca a Clorinda una mujer apreciable, una esposa virtuosa, como las que mencionaba la moral y la religión. Sin embargo, esa página tampoco implicaba una esposa culpable digna de la pena de muerte: “Ella niega redondamente haber estado de acuerdo con Crispín, para matar a su esposo; niega haber designado el domingo para ejecutarlo: niega haber desarmado a su marido, para que fuese más fácil la obra de los asesinos”.⁴⁵ García Goyena y Aguirre –autores consultados por Tejedor– trataban el asesinato como un homicidio calificado:

Uno de los homicidios calificados, es el asesinato, llamado también alevosía, distinto del premeditado simple, en que este se efectúa acometiendo cara a cara, y dando lugar al acometido a que se defienda, y aquel se ejecuta, o buscándole de improviso con asechanzas para impedir que pueda resistirse, o usando de yerbas venenosas; mas aunque generalmente se da el nombre de asesinato a todo el que se perpetra con alevosía, tomando esta palabra en su verdadera significación, debe aplicarse únicamente a los que matan a otros por dinero.⁴⁶

Tejedor aclaraba que prescindía de la necesidad en que la justicia se hallaba de buscar su luz, de tomar las declaraciones de los propios testigos del drama sangriento en la chacra de Fiorini. Sin los testigos únicamente las estrellas podrían decir lo que esa noche pasó. Por otra parte, el derecho no admitía como buenas las declaraciones de los cómplices.

Que la filosofía las rechaza también porque ellas serían motivo de infamias. La verdad es que las primeras declaraciones de esos cómplices, se han obtenido alegando el amor a la vida en los

45. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, p. 62.

46. García Goyena, Florencio y Aguirre, Joaquín, *Febrero ó Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensivo de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, Madrid, I. Boix editor, 1842, t. VII, pp. 279-280.

principales, en los únicos autores del delito. A foja 43 dice V.S.:
En este estado de visible turbación del declarante.

Agregaba: “Se trataba de Crispín, V.S. lo amonestó, para que dijera la verdad. El promete decirlo a condición de que le salven la vida, V.S. promete lo que puede”.⁴⁷ De acuerdo a Mittermaier, el testimonio debía ser libre y espontáneo. Si la declaración se daba por fuerza o amenaza, o encarcelación para que el testigo hablara en contra del acusado, no podía ser creíble.

Si se obstina en desobedecer la ley, y en rehusar presentarse a declarar; si la pena legal se ha decretado contra él, de todo esto no podría inducirse que su deposición fuese tachable: el castigo no tiene por objeto obligarle a hablar en un sentido exclusivo, sino simplemente a que diga la verdad.⁴⁸

Tejedor dijo que su defendida tampoco estaba convicta del horrible delito de asesinato de su padrino y marido. Admitió que Clorinda no dio parte del asesinato cometido el 12 de octubre “quizá creída aliviada con la muerte de su marido”. Señalaba que los moralistas en distintas épocas exclamaban horrorizados:

iera a más de su padrino su marido! Pero no dicen que ese padrino tuvo antes relaciones ilícitas con la madre, y que a mi desgraciada defendida la tomó criatura para defenderla. No dicen los tormentos y privaciones por que pasaba, la miseria en que vivía y la soledad en que hacía dos años estaba.

47. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarraacán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, p. 62.

48. Mittermaier, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal ó exposición comparada de los principios en materia criminal, y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. etc., traducido al castellano, con un apéndice sobre la legislación criminal de España, relativa a la prueba*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857, p. 378.

Otro argumento de Tejedor fue el divorcio que intentó Clorinda:

No dicen que en su desesperación tentó una vez el recurso del divorcio, y que todo fue inútil. ¿Cuándo un marido es una carga de esta especie por qué asombrarnos también de la falta de cariño de una mujer? Lejos de mí también la pretensión de que estas circunstancias libren a Clorinda de toda pena.

Para el defensor la pena debía ser moderada y no de quince años de presidio como pedía el fiscal. Se preguntaba por qué el fiscal en un extravío de deducciones pedía esa pena y en qué principio y en qué ley se basaba. Si el fiscal consideraba culpable a su defendida y creía que existían circunstancias atenuantes, él podría pedir diez años de prisión, pero no quince. “En este duro dilema ha puesto la ley recopilada a los Tribunales de Justicia, cuando ordena que las penas de prisión no puedan extenderse a más de diez años”. Hay que prestar atención a este argumento de Tejedor que posteriormente será puesto en el centro del debate de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial: “Si por el contrario el agente cree que Clorinda es culpable de no haber avisado ¿qué proporción hay entre esos quince años y esta culpa?”. Finalizaba su defensa: “Por todo ello a V.S. suplico se sirva sentenciar esta causa en la parte relativa a Clorinda Sarracán de Fiorini, de conformidad con este escrito; pues así es de justicia”.⁴⁹

Por otra parte, en esa época muchas mujeres sufrían violencia por hombres y eran asesinadas, estas noticias llegaban a la opinión pública a través de los periódicos como *El Nacional* que mencionó dos crímenes el mismo día en Buenos Aires. En el primer caso titulado “Crimen” decía: “Anoche a las doce, un individuo trataba de matar a su mujer con un cuchillo y habiéndole ella quitado el arma, se contentó con enterrarle en varias partes del cuerpo una alezna de zapatero haciéndole varias heridas; lo mismo hizo con una joven, hija de la mujer sacrificada, que solo tiene ocho años”. En el segundo caso con el título “Asesinato notable” decía: “Hoy a las 8 de la

49. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, pp. 60-64.

mañana ha sido asesinada en Barracas una mujer de 26 años y mal herida su hija de tres años de un hachazo”.⁵⁰

VII. El fallo del juez Miguel Navarro Viola

El mismo día 16 de noviembre, el juez Navarro Viola condenó a la pena de muerte con calidad de aleve y clasificación de parricidas a Clorinda Sarracán, Crispín y Remigio Gutiérrez. De acuerdo a la sentencia, Sarracán debía ser ejecutada en la plaza del 25 de Mayo a las seis de la mañana y los hermanos Gutiérrez en la plaza del pueblo de San Isidro a las ocho y sus cadáveres quedarían colgados en la horca por seis horas. Por su parte, Nicolasa Merlo y Claudia Álvarez fueron condenadas la primera a diez años de servicio en la Convalecencia y la segunda a cinco en el Hospital de Mujeres.⁵¹ Tres días después se hacía pública esta sentencia por la prensa:

El juez del crimen doctor Navarro Viola ha dado ya su sentencia. Dícese que condena a muerte a doña Clorinda (la mujer de Fiorini), y a los dos hermanos Gutiérrez, con calidad de aleve a los tres. La excelentísima Cámara de Justicia ha señalado para ver esta causa los días miércoles y viernes de esta semana.⁵²

La legitimidad del castigo, según Tejedor en su *Curso de Derecho Criminal* publicado en 1860, provenía de la inmoralidad intrínseca del hecho de la perversidad del agente y aunque estos elementos fueran difíciles de

50. *El Nacional* N° 1348, 12/11/1856.

51. *Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez...*, p. 64. Dice Levaggi que a diferencia de otras sentencias de muerte, la de Sarracán no fue publicada por suspenderse su ejecución. Sin embargo, *El Orden* en las ediciones del 1 y 2 de diciembre de 1856 se limitó a reproducir la relación de los hechos. Levaggi, “La pena de muerte...”, p. 58. Cfr. Keen, Carlos, “Facultad de perdonar”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, t. IV, 1870, p. 9.

52. *El Nacional* N° 1354, 19/11/1856. Por su parte *El Orden* reproducía lo mismo: “El juez del crimen doctor Navarro Viola, ha dado ya su sentencia. Dícese que condena a muerte a doña Clorinda [la mujer de Fiorini], y a los dos hermanos Gutiérrez, con calidad de aleve a los tres. La excelentísima Cámara de Justicia ha señalado para ver esta causa los días miércoles y viernes de esta semana”. *El Orden* N° 388, 19/11/1856.

computar, no se podía decir que la sociedad carecía de los medios de obtener la certidumbre en muchos casos y esto era suficiente. Destacaba que la teoría de la expiación conduciría a castigar todos los actos contrarios al deber, vicios, pensamientos, proyectos, porque todo esto merecía castigo a los ojos de la justicia absoluta. “La pena también tendría que ser ni más ni menos que la que ésta reclamase *Terrible ecuación, que no es dado a la justicia humana realizar*”. Esta última frase la reproducía de Ortolan y su conocido *Elementos de Derecho Penal*.⁵³

VIII. Elevación en consulta a la Cámara de Justicia

El 5 de noviembre de 1853 el presidente y vocales de la Cámara de Justicia Valentín Alsina, Alejo Villegas, Eustaquio J. Torres, Domingo Pica y Francisco de las Carreras en acuerdo extraordinario establecieron y reglamentaron la Estadística Judicial por ser conveniente la recolección de datos forenses y curiales a fin de facilitar la necesidad de reformas en el orden judicial y político. A fin de mes los juzgados civiles y comerciales de primera instancia tendrían que remitir al Superior Tribunal un estado del número de pleitos iniciados, pendientes o finalizados. Respecto a las causas penales se ordenó que para el mejor acuerdo “en las reformas que se proyecten en materia criminal y para poder juzgar del estado actual y sucesivo de las costumbres y de la moral en todo cuanto cae bajo la acción directa de los magistrados de justicia, reputaba importante y necesaria la reunión de todos los datos respectivos”. Todos los juzgados del crimen de la provincia debían remitir los delitos o faltas leves correspondientes a la justicia correccional con el número de causas pendientes antes del mes y de las iniciadas o concluidas durante el mismo tiempo. Por otra parte, el objeto era hacer en el futuro un registro de la Estadística Forense y Curial de la Provincia de Buenos Aires. Estas estadísticas de las causas se publicaban en los periódicos a pesar de que el acuerdo extraordinario nada decía de su publicidad en los medios periodísticos.⁵⁴

53. Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1860, p. 8.

54. *Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires...*, t. I, pp. 183-184.

Se buscaba reformar la organización de la justicia como el proyecto de Alsina que buscaba organizar departamentos judiciales a cargo de jueces letrados conformados exclusivamente por la instancia criminal. Su condición de camarista le permitió conocer la problemática de la administración de justicia en la campaña. Por eso propuso que los jueces debían estar a breve distancia de donde se producían los delitos para prevenirlos o castigarlos y en esto retomaba algunos argumentos esgrimidos por el frustrado proyecto de Bernardino Rivadavia.⁵⁵

La causa de Sarracán fue elevada en consulta al Tribunal de Justicia y pronto tuvo repercusión periodística al informar que el 19 de noviembre se encontraban presentes los cuatro reos, Clorinda, los hermanos Gutiérrez y una criada.

Frente de los asientos de los jueces se había colocado un banco donde estaban sentadas las dos mujeres. Detrás estaban parados los dos hombres. Seguían luego los centinelas. Clorinda estaba vestida de negro, tapada por la cabeza con un pañuelo de seda del mismo color, dejando descubierto el rostro y prendido debajo de la barba. En la mano tenía un ancho abanico de colores que manejaba con frecuencia haciéndose aire. Desde luego ella era la que más llamaba la atención de la numerosa concurrencia que llenaba el salón y parte de los corredores y piezas contiguas, y todos examinaban sus gestos y movimientos. Su semblante no mostraba señales de esos hondos padecimientos morales que tanto quebrantaban y que tanto abaten a la mujer. Tampoco parecía abatida. Miraba con frecuencia en derredor, y algunas veces dirigió la palabra al alcaide de la cárcel que estaba a su espalda. La lectura del proceso, llenar de detalles horrorosos, parecía no haberla impresionado. Durante algún tiempo se suspendió esa lectura, y los individuos que asistían se apiñaban en torno de los reos. La viuda permanecía algunos instantes con la cabeza baja, y luego alzaba la vista girándola sobre los espectadores, pero sin curiosidad.⁵⁶

55. Candiotti y Yangilevich, *Historia de la Provincia de Buenos Aires...*, pp. 190-191.

56. *El Orden* N° 389, 20/11/1856.

El 20 de noviembre Clorinda leyó los diarios de la mañana y no lo que de ella se decía. “Entonces escribió un comunicado desmintiendo lo que se ha dicho sobre su asistencia a la Cámara. Dice que fue al tribunal porque se le hizo entender que podía hablar a los jueces y quería hacerlo en presencia del público”. Negó haberse reído y dijo que si miraba a los jueces era para implorar su piedad. La prensa afirmaba que el comunicado fue entregado a Tejedor.⁵⁷

El periodismo informaba que se seguía el 22 de noviembre con los pormenores de la causa y mencionaba que a pesar de señalar la Cámara de Justicia tres días para la lectura del voluminoso proceso “quedó concluida antes de ayer, es decir, en dos días”. Agregaba: “Ahora toca a los ciudadanos ilustrados encargados de fallar definitivamente, al pronunciar la sentencia que según las leyes deban recaer en esta causa”. Se había dicho que Clorinda no tenía con ella a su hija de nueve meses. Sin embargo, no era cierto porque continuaba con su lactancia en la cárcel.⁵⁸

El fiscal Eustaquio J. Torres pidió la pena de muerte contra Clorinda, pero no dejó de señalar la terrible idea del espectáculo sangriento de una mujer fusilada y que si pudiera seguir sus propias inclinaciones no pediría lo que su deber le mandaba pedir, es decir, la aplicación de la ley. El 26 de noviembre de 1856 el Tribunal con sus miembros Cernadas, Pica, de las Carreras, Salas y el agente fiscal de lo civil Federico Pinedo confirmaron la sentencia en todas sus partes y un día después el gobernador Pastor Obligado y el ministro de gobierno Dalmacio Vélez Sarsfield dispusieron su ejecución para el 2 de diciembre.⁵⁹

La prensa informaba el 27 de noviembre:

Ayer a las 4 de la tarde, se retiraban los miembros de la Cámara de Justicia. Era el cuarto día consagrado por ellos al acuerdo sobre la sentencia que debía recaer en esta causa. Alguien creyó notar que los camaristas iban taciturnos. No falta quien diga que ayer pronunció sentencia el tribunal; pero no era aún del dominio público.⁶⁰

57. *El Orden* N° 390, 21/11/1856.

58. *El Orden* N° 391, 22/11/1856.

59. Levaggi, “La pena de muerte...”, pp. 58-59.

60. *El Orden* N° 395, 27/11/1856.

El 28 de noviembre *El Orden* con el título de “Amor materno” señalaba que antes de ayer había sido separada del cuidado de Clorinda la criatura de 9 a 10 meses que tenía con ella en la prisión. “La niña fue llevada al Colegio de Huérfanos, donde será concluida su lactancia. Cuando se presentó en la prisión la persona encargada del cuidado de los hijos de este matrimonio infeliz, y la señora que debía recibirse de la criatura, Clorinda hizo extremos de dolor maternal que no había demostrado hasta entonces”. Se abrazó a su hija y con dificultad la convencieron para que la dejaran despechar afuera. En ese momento Clorinda pudo ver a la otra niña de 9 años que estaba también en el Colegio de Huérfanos. Las escenas que tuvieron lugar fueron conmovedoras.⁶¹

El 29 de noviembre Tejedor pidió la suspensión de la pena capital y obtuvo una resolución favorable después que el gobierno celebró una reunión de juristas con la asistencia de Juan Andrés Ferrera, Tiburcio de la Cárcova, Valentín Alsina, José Barros Pazos, Eduardo Acevedo y Vélez Sarsfield. Por otra parte, los periódicos –especialmente *El Nacional* y *El Orden*– se movilizaron con la opinión pública en el mismo sentido.⁶² El mismo día un periódico publicó la nota “Súplica a favor de una madre” donde informaba del clamor popular a favor de Clorinda: “Circula desde ayer la petición que registramos en este número, y en la cual hemos puesto nuestro humilde nombre, uniéndonos al sentimiento público que pide a la justicia humana el ejercicio de una virtud divina: la misericordia, el perdón”. Decía la publicación que una mujer cometió un crimen horrible. Violó la santidad del matrimonio, dejó huérfanos a sus propios hijos, desarmó al anciano Fiorini que se veía amenazado de muerte y abrió las puertas del aposento para que entraran los asesinos. Se decía de Clorinda que era previsora, fría, con disimulo que asombraba y esto no era compatible a su sexo ni de su edad. “Finalmente, ha hecho enterrar su asesinado marido al lado de su misma habitación, mandando sembrar encima de la tierra que cubría el cadáver las berzas que debían servir para el alimento de sus hijos”. Se calificaba este hecho como espantoso, probado y realizado por una persona con malos

61. *El Orden* N° 396, 28/11/1856.

62. Leiva, Alberto David, *Carlos Tejedor. Dictámenes del asesor de gobierno del Estado de Buenos Aires*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1996, p. 14.

instintos. Entonces la sociedad en nombre del orden social profundamente herido por este crimen pidió a sus autores cuenta de su obra inicua, señalándoles en el libro de las leyes los preceptos divinos y humanos que violaron.

Pero entonces se levantan también los sentimientos generosos de esta parte de la sociedad a quien el crimen de Clorinda ha ofendido de un modo más directo, o imitando la mansedumbre del que dio su sangre por la redención del mundo, pronuncia la palabra *perdón* en favor de la fragilidad de una miserable mujer que quizá no ha comprendido todavía la magnitud de su culpa.

El periódico describía cómo el día anterior fue arrancada a la culpable la niña inocente y que alimentaba de su propio seno. “¡Que mayor suplicio para una madre que pena puede igualar a la que ella ya ha sufrido! Nuestra tierra está ya harta de tanta sangre derramada. El pueblo no quiere ver más patíbulos, y menos que ningún otro, el que se levanta para matar a una madre que está dando de mamar a un niño”. El autor de la nota dijo: “Persona de respeto nos informa que Clorinda Sarracán tiene los primeros síntomas (siempre dudosos) de hallarse encinta. Esto es muy digno de atención”. Por otra parte, se juntó firmas en uso del derecho de petición y en nombre de la humanidad dirigidas a la Honorable Comisión Permanente del Poder Legislativo por la condena a muerte de Clorinda porque “no hallándose en las facultades del Poder Ejecutivo conmutar la pena, solo a la soberana Asamblea del Estado compete ejercer este acto de clemencia, como lo ha hecho en otros casos con desgraciados que se hallaban en la misma posición”. Decían que Clorinda era cómplice moral y era una circunstancia atenuante:

Esta poderosa consideración si no hubiera otra, bastaría para que los representantes del pueblo bajo la inspiración de la equidad y con la mano puesta sobre su conciencia, ejerciese un acto hermoso de clemencia, digno de la cultura y de la nobleza del pueblo de Buenos Aires, donde después que la sangre de Camila O’Gorman ha salpicado las gradas del patíbulo, no podrían mirarse sin horror una ejecución tan contraria a las leyes de la naturaleza. Todos los pueblos del mundo tributan su respeto al sexo débil, aun en aquellos casos en que se halla manchado con el crimen.

Luego, el periódico señalaba la cantidad de millares de firmas recolectadas por la petición a favor de Clorinda.⁶³

El Orden en su edición del 1 y 2 de diciembre resumió los hechos que sirvieron de fundamento a la sentencia del Tribunal: “Que don Jacobo Fiorini fue padre de bautismo de Clorinda Sarracán, a quien tomó bajo su protección cuando murió una tía que la criaba, y con quien contrajo matrimonio teniendo ella quince años de edad”. Clorinda tenía desavenencias con Fiorini y que en el verano anterior ella huyó de la chacra en una carreta por ser maltratada. Cuando Fiorini se iba a la ciudad, Crispín vivía con Clorinda todo el tiempo.

Que Clorinda había estimulado varias veces a Crispín a que asesinase a Fiorini: agregando esta última, que la razón era porque ella no podía tolerarlo. Que por fin quedarían convenidos ambos el domingo 12 de octubre, como a las 10 de la mañana, en que ese mismo día se perpetraría el crimen, dando Clorinda conocimiento del modo y forma a las sirvientas Claudia y Nicolasa un momento después. Que durante ese día Fiorini, como si recelase, no bajó del altillo de la chacra, donde habían resuelto asesinarlo, y de donde urgido por Crispín y Remigio, con pretexto de que les pagase, les tiró un papel de quinientos pesos para que se fuesen, habiéndole llevado Clorinda la comida arriba, porque no quiso bajar al comedor. Que habiendo expresado Clorinda a Claudia y Nicolasa que los Gutiérrez iban a buscar la ocasión de matar a su esposo ese mismo día le encargó que dejaran la casa sola yéndose con los niños por el campo, como lo verificaron. Que como a la oración bajó Fiorini con una bayoneta en la mano, directamente a la sala donde tenía su cama cuya pieza queda mucho más cerca del cuarto alto, no queriendo tampoco alejarse hasta el comedor para cenar, sino que le pusiesen allí mismo la mesa, como lo verificó Clorinda en persona. Que Clorinda salió de la sala donde acababa de cenar su esposo, sustrayéndole la bayoneta para que no se fuese a defender (según se lo dijo a Claudia) escondiéndola enseguida bajo el colchón de un hijo suyo llamado Benigno y a

63. *El Orden* N° 397, 29/11/1856.

quien llamaban Querino donde la encontró al día siguiente Nicolasa al dar vuelta el colchón del niño cuya bayoneta llevaba en la mano Clorinda cuando se encontró con Remigio diciéndole ella un momento después a este y a Crispín que entraran, que ya se la había escondido a Fiorini y obligándole a entrar. Que Crispín con la pistola y Remigio con la maza que ha sido reconocida por los presos; se precipitaron contra Fiorini que buscaba algo con una luz, suponiendo el primero de aquellos que fuese la bayoneta que acababa de esconderla Clorinda. Que instantáneamente Crispín le tiró un pistoletazo que cree no haberle acertado, dándole en seguida golpes en la cabeza con la misma pistola y Remigio con la maza, ultimándolo a este ambos de consuno sobre el sofá. Que cuando Clorinda que andaba por detrás del palomar con las criadas hechas cargo de sujetar a los niños, oyó el tiro, el que sorprendió a su hija mayor, Catalina, trató de distraerla, luego se lanzó cerca del lugar del crimen y oyó los lamentos de su esposo a quien asesinaron [su propia confesión] agregando Nicolasa que Clorinda se volvió precipitadamente donde ella estaba y les dijo: hijas, no sé lo que me pasa; y Claudia que les había dicho: que no sabía lo que le pasaba porque Fiorini estaba dando quejidos.⁶⁴

El 3 de diciembre, *El Orden* comunicaba el interés que despertó la causa de Fiorini e hizo que la edición del proceso fuera anunciada por la imprenta del Eco de la Campaña con los retratos de los protagonistas.⁶⁵ Por otra parte, esta causa se había convertido en una cuestión constitucional y demostraba que el sistema administrativo no era bien interpretado. Desde la prensa se aclaraba: “El derecho de indulto atribuido por la Constitución al Poder Ejecutivo no alcanza a los delitos exceptuados, entre los cuales figura la alevosía y el parricidio. Por consiguiente, la petición relativa a Clorinda, no debió dirigirse al gobierno”. Se decía que la administración de justicia no debía quedar expuesta como quedaba o que sus decisiones pudieran ser anuladas por una autoridad incompetente.⁶⁶

64. *El Orden* N° 399, 01 y 02/12/1856.

65. *El Orden* N° 400, 03/12/1856.

66. *El Orden* N° 401, 04/12/1856.

Destaca Levaggi que tuvo mucha repercusión una decisión del Poder Ejecutivo, inspirada en otra de la Asamblea Legislativa, que suspendió la ejecución de la sentencia de muerte contra Sarracán, los hermanos Gutiérrez y una acordada del Tribunal de Justicia que extendió la medida a todas las causas criminales sentenciadas en primera instancia.⁶⁷ A partir del 5 de diciembre *El Orden* publicó la causa en entregas titulada “Causa criminal seguida contra Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez, Nicolasa Merlo y Claudia Álvarez, por el asesinato perpetrado en la persona de don Jacobo Fiorini en Santos Lugares, en la noche del 12 de octubre del año de 1856. Juez doctor Navarro Viola”.⁶⁸

El 6 de diciembre la Cámara de Justicia se expidió en acuerdo extraordinario:

los señores de la excelentísima Cámara de Justicia, doctores don Juan José Cernadas, don Domingo Pica, don Francisco de las Carreras, don Basilio Salas con asistencia del señor fiscal, dijeron: que en nota del primer de corriente el gobierno había comunicado al Tribunal, *que en sesión del veinte y nueve del próximo pasado la Honorable Asamblea General ha resuelto en nombre del sentimiento público, se suspendan los efectos de la sentencia pronunciada contra Clorinda Sarracán, como también contra Remigio y Crispín Gutiérrez, hasta la resolución que adopte, sobre las peticiones que le han sido dirigidas.*

En los considerandos el tribunal mencionaba:

Que invocándose en la mencionada sanción legislativa, para suspender la ejecución de los reos, el sentimiento público, asaltaba la duda si el mismo motivo obraría en el ánimo de los legislados en otras causas en que debiese por las leyes, aplicarse la pena ordinaria, duda tanto más atendible, cuanto que pudiera suceder, que el delito no viniera acompañado de las circunstancias aparentes que hay en las seguidas a aquellos procesados cuales son las de

67. Levaggi, “La pena de muerte...”, p. 63.

68. *El Orden* N° 402, 05/12/1856.

alevosía y parricidio; que actualmente el Tribunal conoce de dos causas de homicidio en las que los acusados han sido condenados a muerte en la primera instancia, y tiene noticia que se procesan otros en los distintos juzgados del crimen por homicidio.

El tribunal decía que había un estado de vacilación y que se ignoraba la trascendencia penal que podía tener la resolución de la Legislatura:

puede tener la resolución de la Honorable Asamblea, pues no es de su competencia la interpretación de la ley, sino su aplicación a los casos ocurrentes, debían suspender la vista de los enunciadas causas, en que los reos son condenados a muerte en la primera instancia, como en las que en adelante entrasen de igual género, hasta tanto resolviese la Honorable Asamblea la duda que motiva este acuerdo que en tal virtud debía mandar como manda, se suspenda el conocimiento de las causas indicadas comunicándose con oficio este acuerdo al Poder Ejecutivo. Con lo que se concluyó este acuerdo que firmaron los señores de la excelentísima Cámara de Justicia y el señor fiscal por ante mí, de que certifico – Juan José Cernadas – Domingo Pica – Francisco de las Carreras – Basilio Salas – Eustaquio José Torres – ante mí: Pedro Calleja de Prieto.⁶⁹

Al comenzar 1857, *El Orden* advertía en el artículo “Revista del mes” que no se podía dejar sin castigo a los asesinos y que los jueces temían que sus sentencias tuvieran que hallarse en pugna con una nueva jurisprudencia: “Si el crimen de aquellos malhechores queda impune, la justicia habrá perdido todo su prestigio y sus respetos”. Advertía que el castigo no era una venganza sino un ejemplo. Pero el ejemplo se perdía si la pena no tenía la solemnidad de acuerdo a la ley: “Así es que, si se deja a Clorinda y sus cómplices en prisión perpetua, a causa de mantenerse la sentencia en suspenso, el castigo será arbitrario o injusto, y no teniendo solemnidad, no podrá servir de escarmiento a los demás”. La pena excepcional vendría a parecerse

69. *Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires. Año 1856*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1875, pp. 97-98.

a la tortura y a la ejecución secreta del Consejo de Venecia. Por lo tanto, era necesario y razonable resolver el caso, pues, en caso contrario la justicia criminal quedaría paralizada y la sociedad sin defensa. “Esta situación grave en sí misma, lo es todavía más por la poca voluntad que manifiestan los representantes del país para resolverla”.⁷⁰

No era precisamente un tiempo favorable para la aplicación de la pena de muerte. Clorinda estaba embarazada y la opinión pública pronto se volcó a considerar esta circunstancia de su vida como una reedición de la tragedia de Camila O’Gorman, fusilada sin proceso por orden de Rosas el 8 de agosto de 1848.⁷¹ Domingo F. Sarmiento se refirió a una educación del terror por parte del gobierno de Rosas al examinar un opúsculo sobre el caso O’Gorman:

Las familias se recatan unas de otras, los jóvenes apuestos huyen de la sociedad que preferirían, pero que puede comprometerlos; y después de dieciocho años de educación por el terror, por las escenas más pavorosas, el público ha aprendido, al fin, a manejarse, a dominar sus inclinaciones, a reprimir toda manifestación exterior.

Y agregaba el sanjuanino que los extraños observarían cierto calor en el decir, ostentación de entusiasmo y de contento, que por ser exagerado y sin motivo, mostraba que era el último esfuerzo de la disimulación.⁷² Para Sarmiento el orden presupuesto por el gobierno rosista estaba animado por un principio único y un resorte fundamental: el miedo. El miedo era una enfermedad del ánimo que afectaba a las poblaciones como el cólera morbus. Se reconcentraba alrededor del déspota y se propagaba entre el instinto egoísta de los habitantes.⁷³

70. *El Orden* N° 423, 01/01/1857.

71. Leiva, Alberto David, *Historia del foro de Buenos Aires. La tarea de pedir justicia durante los siglos XVIII a XX*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 167.

72. Sarmiento, Domingo F., “Camila O’Gorman (Crónica de 26 de agosto de 1849)”, en *Obras de D. F. Sarmiento publicadas bajo los auspicios del gobierno argentino*, Buenos Aires, Félix Lajouanne editor, 1887, t. VI, pp. 208-209.

73. Botana, Natalio R., *La tradición republicana. Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo*, Buenos Aires, Debolsillo, 2005, p. 272.

El Orden destacaba que los legisladores querían que el receso fuera tiempo de descanso, aunque trajera el perjuicio de no haber jueces y justicia. Para evitar esta situación se pedía al Tribunal de Justicia deferencia hacia los actos del gobierno y una prudente reconsideración de su acordada que había paralizado el curso de los juicios criminales. El artículo recordaba que el Tribunal de Justicia no era el Poder Judicial:

Este reside en todos los tribunales que aplican las leyes; y por lo mismo que reside en muchos, no está más ni menos representado por ninguno de ellos. El Tribunal de Apelaciones es superior en jerarquía judicial a los otros juzgados, pero no puede con más razón que cualquiera de estos llamarse Poder Judicial.

Advertía que el Poder Legislativo residía en las dos Cámaras y ninguna de ellas podía crear la ley ni darse otras atribuciones. Solo el Poder Ejecutivo era uno e indivisible al residir en una sola persona que representaba la soberanía nacional: “Este poder es, por consiguiente, el que debe estar rodeado de más consideración y respeto, porque en él delega el pueblo los más altos atributos del poder público”. Cabe destacar que en 1856 hubo juzgados vacantes porque sus titulares renunciaban para dedicarse a ser legisladores u otros motivos y esto preocupó a la opinión pública y a las autoridades. Desde el periódico se insistía en que los empleos de la justicia no debían quedar vacantes. Al ser el Tribunal Superior el más interesado en que el curso de la justicia no fuera interrumpido, se debían aceptar sus decisiones hasta que el punto controvertido fuera solucionado por quien correspondiera. La suspensión de los juicios criminales significaba un peligro para la sociedad por la impunidad de los delincuentes. Por otra parte, podría revocarse el acuerdo pertinente, sin perjuicio de obtener de la Legislatura una decisión perentoria sobre el caso consultado por la Cámara de Apelaciones en nombre del Poder Judicial.⁷⁴

De acuerdo a la sección “Documentos oficiales: Estadística judicial y forense correspondiente al mes de noviembre último”, se ponía en conocimiento desde *El Orden* el 12 y el 13 de enero de 1857 el estado de la causa de Sarracán: “Criminal contra Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio

74. *El Orden* N° 423, 01/01/1857.

Gutiérrez, Nicolasa Merlo y Claudia Álvarez por la muerte de don Jacobo Fiorini. Consulta. Informan los doctores defensores Tejedor y Aguirre”.⁷⁵ Por esos días la prensa reflejaba las deficiencias del funcionamiento de la justicia: “Ayer todavía no funcionaban tres de los juzgados, dos del crimen y uno de lo civil”.⁷⁶ Navarro Viola había dimitido a fines de 1856, su juzgado estaba cerrado y las causas paralizadas. Por acuerdo extraordinario de la Cámara de Justicia del 22 de febrero de 1857 se resolvió que por renuncia de Navarro Viola el gobierno había pedido ternas para reemplazarlo, pero ninguno de los abogados propuestos aceptó el nombramiento. Al agotarse la lista de los abogados matriculados resultaba hallarse cerrado aquel juzgado y paralizadas todas las causas que corrían ante él. Esta situación era perjudicial a la moral pública, gravosa al erario y a los procesados. De acuerdo a la ley del 19 de noviembre de 1828 se mandó distribuir las causas del juzgado vacante entre los jueces de lo civil “a cuyo efecto se comisionó al señor camarista doctor don Andrés Somellera. Comuníquese por acordada a los jueces de primera instancia de la capital”.⁷⁷

El 15 de marzo de 1857 mientras se iniciaba el debate sobre la situación de Clorinda, *El Orden* en la sección “Crónica local: Clorinda Sarracán” informaba: “El Consejo de Higiene se reunió ayer para conferencia sobre el resultado de su visita facultativa a Clorinda, y pasar su informe al juez del crimen”.⁷⁸

IX. Debate sobre la pena de muerte en el ámbito académico y la opinión pública

En el discurso forense de los abogados de la primera mitad del siglo XIX se reflejaba su postura ante la pena de muerte. Fernando del Arca se preguntaba qué sería de la sociedad humana si los crímenes y delitos quedaran sin

75. *El Orden* N° 431, 12 y 13/01/1857.

76. *El Orden* N° 432, 16/01/1857.

77. *Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires. Año 1857*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1875, p. 16. Levene, *Historia del Derecho Argentino*, p. 100.

78. *El Orden* N° 481, 15/03/1857.

castigo.⁷⁹ Bernabé Caravia después de citar autores como Bentham y Beccaria que se oponían a la pena de muerte salvo casos excepcionales, decía que “si en tales casos es útil y necesaria la muerte de esos ciudadanos, no es a causa de que estos la merezcan rigurosamente, sino porque su existencia puede perjudicar”.⁸⁰ Francisco Villanueva destacaba:

¡Ojalá señores que nuestra legislación, señale cuanto antes un nuevo progreso, reclamando tan imperiosamente por la cultura y la ilustración del siglo diecinueve, borrando de sus artículos para siempre, un castigo tan cruel que solo pudo concebirse cuando el oscurantismo y el atraso de los antiguos pueblos les privaba de remedios más humanos, más eficaces y más justos, para reprimir un crimen o prevenir otros.⁸¹

Marco M. de Avellaneda decía que los opositores a la pena de muerte dudaban y negaban que la sociedad tuviera derecho de levantar cadalsos para infligir el castigo.⁸² Marcos Paz se refería a los países con jurado, códigos y la pena de muerte que recibieron las críticas.

Lo que se critica es la facultad tan amplia que el código otorga al jurado, es decir a doce nombres, que tienen en sus manos la vida de otros, disponiendo libremente de la cuchilla del verdugo; y que lo más acertado hubiera sido fijar clara y terminantemente en el código, cuáles son los casos en que corresponde la pena de muerte.⁸³

79. Véase, Arca, Fernando del, *Disertación sobre la pena de muerte presentada a la Universidad de Buenos Aires para recibir el grado de doctor en leyes*, Buenos Aires, 1832.

80. Véase, Caravia, Bernabé, *Tesis sobre la pena de muerte*, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1832.

81. Véase, Villanueva, Francisco, *Tesis sobre la pena de muerte*, Buenos Aires, 1832.

82. Véase, Avellaneda, Marco M. de, *Tesis sobre la pena capital por Marco M. de Avellaneda*, Buenos Aires, 1834.

83. Véase, Paz, Marcos, *Tesis sobre la pena de muerte sostenida en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1834.

José María Reybaud sostuvo que cuando por desgracia se juntan todas las causas destructoras del germen de lo bueno obran combinados

la perversión es completa e incurable; el hombre verdadero desaparece, solo se presentan las formas del hombre destituido de toda dignidad moral, el hombre degenerado de su especie, a quien los sentimientos perversos y feroces han sustituido a la dulce moral de la naturaleza. ¿Qué otra cosa es el bárbaro, que sin sentirse afectado de algunas de esas pasiones impetuosas que obstruyen al hombre clava a sangre fría su puñal en las entrañas de un amigo, de un pariente, de un malhechor?⁸⁴

Para Miguel Cané las penas que hacían sufrir a los delincuentes estaban muy felizmente abolidas “¡y ojalá llegara el día en que se pueda abolir la pena de muerte!”.⁸⁵

En 1854 Miguel Navarro Viola, que había condenado a Clorinda y sus cómplices al último suplicio, criticaba el uso de la pena de muerte en el Río de la Plata: “Por Dios! Que no lo adopte la legislación futura de nuestra patria, como lo preconiza aún la de la España, que por desgracia nos rige todavía en la materia”. Consideraba un apotegma desastroso en matar al hombre por razones de justicia, necesidad y conveniencia porque sus resultados “han sido aterradores para el pasado de la humanidad y lo son aún para su presente, al través de la civilización”. Sostuvo que era una pena impuesta sin derecho “es decir, una pena *injusta*, porque es una pena *innecesaria*, por consiguiente, capaz de ser reemplazada con ventaja por otras, y también una pena *opuesta a las conveniencias* materiales y sociales de los pueblos”. Agregaba que era una pena impuesta sin derecho y la sanción social que la justificaba estaba escrita con caracteres de sangre. Solo el hecho pudo con sus estragos acallar el derecho que se revelaba contra el abuso “porque abuso era y nomás el que la sociedad diese un derecho que ella misma no tenía,

84. Véase, Reybaud, José María, *Tesis sobre la pena de muerte pronunciada y sostenida en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1834.

85. Véase, Cané, Miguel, *Disertación sobre las penas*, Buenos Aires, 1835.

el disponer de la vida de los hombres cuando Dios impuso a los hombres el deber de conservarla”.⁸⁶

El 30 de noviembre de 1856 se leía en *El Orden*: “Sábado, 11 de la noche. Reunióse la Asamblea General para considerar las peticiones elevadas por el pueblo pidiendo la conmutación de la pena de muerte a que está sentenciada Clorinda Sarracán. La Asamblea resolvió tomar el asunto en consideración y las dos Cámaras se dividieron”. El Senado aprobó la petición “interpretando el sentimiento público”. La enmienda fue también adoptada por la Cámara de Diputados y la sesión se levantó a las 10 de la noche. Por otra parte, había una muy numerosa concurrencia en la barra. También la prensa informaba: “Ayer tuvo lugar una reunión de juriconsultos en el despacho del señor gobernador. Además de S.E. y el señor ministro de Gobierno, asistieron el señor fiscal Cárcova y los señores Alsina, Barros y Acevedo. El asunto de la consulta era la célebre causa Fiorini”. Se mencionaba que el defensor Carlos Tejedor había pedido la suspensión de la ejecución por estar encinta Clorinda. A las 11 de la noche fue examinada por una junta de facultativos nombrada por el juez. “El gobierno había expedido en la tarde órdenes para que los preparativos de la ejecución se suspendiesen en lo concerniente a Clorinda”. Por otra parte, se destacaba:

No podían ciertamente las virtuosas matronas de la Sociedad de Beneficencia esquivarse en unir su ruego al de una gran parte del pueblo que no quiere que se derrame la sangre de una madre y de una mujer. Todas las señoras se prestaron con viva adhesión al pensamiento de perdón, y la sociedad pasó antes de ayer al gobierno una nota, acompañando la súplica que dirigiera a la Comisión Permanente de las Cámaras Legislativas.

Asimismo, se destacaba que “el pobre padre de Clorinda” se presentó a las señoras implorando de ellas la piedad. También se daba a conocer una comunicación del presidente de la Comisión Permanente Valentín Alsina al gobernador Obligado notificando que el 28 de noviembre se habían

86. Navarro Viola, Miguel, “Una palabra contra la pena de muerte”, en *El Plata Científico y Literario. Revista de los Estados del Plata sobre Legislación, Jurisprudencia, Economía-Política, Ciencias Naturales y Literatura*, Buenos Aires, noviembre 1854, t. III, p. 17.

presentado varias solicitudes con pliegos de firmas con el objeto de convocar a la Asamblea General por la causa de Clorinda. Advertía que la Comisión Permanente no estaba facultada para esta convocatoria y creía que los peticionarios no se habían dirigido correctamente. Al día siguiente el gobernador se dirigió a Alsina comunicándole que se le devolvían a la Comisión Permanente las solicitudes y pliegos de firmas a fin de que hiciera el uso que estimara conveniente.⁸⁷

Sostenía Navarro Viola que la pena de cárcel era más horrorosa que la pena de muerte. “Acostumbrado a no tener más límites que el horizonte a sus travesías, una cárcel, una prisión, son anteriores para él, el horrible ideal de la severidad de los castigos, la pena más espantosa que puede imaginarse”.⁸⁸ La cárcel por influencia del derecho romano y a diferencia del canónico no tuvo en sus orígenes un carácter penal, sino que fue medida de seguridad destinada a guardar la persona del reo durante el proceso. Sin embargo, en ciertos casos actuó también como pena.⁸⁹

X. Debate en el Poder Legislativo

La Constitución Nacional de 1853 en su artículo 83 inciso 6° indicaba que entre las atribuciones del Poder Ejecutivo: “Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal previo informe del Tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.⁹⁰ Sobre esta cuestión, la Constitución de Buenos Aires de 1854 autorizó al Poder Ejecutivo en el artículo 108: “Podrá conmutar la pena capital, previo informe del tribunal, mediante graves y poderosos motivos, salvo los delitos exceptuados por las leyes”.⁹¹

87. *El Orden* N° 398, 30/11/1856.

88. Navarro Viola, Miguel, “Una palabra...”, p. 18.

89. Levaggi, Abelardo, *El derecho penal argentino en la historia*, Buenos Aires, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires-Eudeba, 2012, pp. 144-145.

90. *Constitución Nacional de 1853, Edición facsimilar y documentada*, Estudio preliminar del Académico de Número Dr. Isidoro J. Ruiz Moreno, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 2005, p. 20.

91. Ramos, Juan P., *El derecho público de las provincias argentinas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1916, t. II, p. 24.

La conformidad del gobernador era necesaria para sancionar una ley o ejecución de una sentencia. Se dijo que no tendría nada de extraño que una fracción del Poder Judicial, poseída de una duda en cuanto al sentido de la ley fundamental, acatara las resoluciones del Ejecutivo hasta que la duda estuviera respondida. El periodismo observaba que esto era una consideración de conveniencia y que se agregaba a lo que había expuesto en su opinión sobre el nombramiento del agente fiscal y asesor. La atención pública no se detuvo en la ley cuando establecía que el gobierno debía elegir un juez en terna propuesta por el Senado o por la Cámara de Apelaciones e inhabilitaba al gobierno para que hiciera su nombramiento: “Es evidente que el objeto de estas propuestas ya *singulares* ya en *ternas*, no es otro que presentar al gobernante los sujetos más idóneos para los empleos a juicio de los que mejor deben conocerlos”. El gobernador se suponía que no debía conocer a todos los oficiales del ejército, ni a los vecinos que pudieran ser jueces de paz de campaña o los letrados que sirvieran de jueces. Si al gobernador se le presentaban los individuos aptos para desempeñar un cargo, tendría que consultar otros intereses vinculados con la tranquilidad del Estado. En este caso tendría que pedir la presentación de otros candidatos y no se violaría la ley constitucional: “Esta es, al menos, nuestra opinión”.⁹²

El 30 de abril de 1857 el Poder Ejecutivo en el mensaje a la Asamblea Legislativa decidió emprender la tarea de realizar una codificación general. Luego, en un proyecto remitido a la Legislatura el 21 de septiembre criticó la legislación vigente: “La legislación que heredamos de España y que nos rige hasta ahora en materia civil y criminal, no está en armonía con el espíritu del pueblo, con los progresos de la civilización”. Tampoco con los adelantos de las ciencias legales y con el carácter y tendencias de las sociedades modernas. Respecto de las leyes penales sostuvo que casi ninguna estaba en observancia por la excesiva severidad de los castigos que se daban”.⁹³ Se ha destacado la intromisión de Rosas y otros gobernadores posteriores en la designación del presidente del Tribunal. Durante el gobierno rosista el cargo lo tuvo en forma “perpetua” Manuel Antonio de Castro hasta su muerte en

92. *El Orden* N° 423, 01/01/1857.

93. Tau Anzoátegui, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Historia del Derecho Argentino Ricardo Levene, 1977, p. 328.

1832. Luego, dispuso el Restaurador que en lo sucesivo él designaría anualmente al presidente. Bajo la influencia de aquella usanza, el gobernador Pastor Obligado eligió para la presidencia a Valentín Alsina, pero luego esta costumbre se modificaría.⁹⁴

El 23 de julio de 1857 *El Orden* enumeraba los asuntos pendientes que se debían tratar en la orden del día de la Cámara de Diputados:

Proyecto sobre la navegación del Salado. Pensión a la viuda del almirante Brown. Exención de derechos de las máquinas. Devolución de derechos. Causa de Clorinda Sarracán, y administración de la justicia criminal. Abolición del pasaporte. Ley de imprenta. Ferrocarril entre la Aduana nueva y la Boca del Riachuelo.⁹⁵

El gobernador Alsina trató de encontrar una solución a la problemática creada por el alto Tribunal y elevó a las Cámaras un proyecto de ley con una adición a la Comisión de Legislación de la Cámara de Representantes:

Art. 1°. Autorízase al Poder Ejecutivo para conmutar la pena de muerte con calidad de aleva a que han sido condenados los reos Clorinda Sarracán, Remigio y Crispín Gutiérrez, en diez años de reclusión o presidio. 2°. El Tribunal Superior de Justicia procederá inmediatamente a conocer y fallar las causas pendientes ante él con sentencias de muerte pronunciadas por los jueces del crimen los cuales por un acuerdo las tienen suspendidas. 3° El Tribunal de Justicia en ningún caso podrá suspender el curso ordinario de ningún género de causas, sin previo consentimiento del Cuerpo Legislativo.

Los legisladores trataron el proyecto en la sesión del 24 de julio de 1857 y el miembro informante diputado Eduardo Costa dijo que eran bien notorios los antecedentes traídos a consideración de la Cámara y había que recordarlos brevemente.

94. Méndez Calzada, Luis, *La función judicial en las primeras épocas de la independencia. Estudio sobre la formación evolutiva del poder judicial argentino*, Buenos Aires, Losada, 1944, p. 419.

95. *El Orden* N° 581, 23/07/1857.

La Cámara recordará, que el año próximo pasado, durante su receso, un crimen extraordinario, conmovió profundamente a esta sociedad. Seguidos los trámites judiciales con una actividad singular, muy luego recayó sobre los culpables la sentencia que los condenaba a la última pena.

Destacaba que entre los condenados había una mujer y que la noticia de la sentencia se había esparcido. Poco después, un sentimiento instintivo de humanidad surgió en toda la sociedad: “Este pueblo que tantas escenas de sangre ha sido forzado a presenciar, creyó que se le debía excusar el terrible espectáculo del fusilamiento de una mujer; espectáculo que bien podría decirse, por otra parte, que está en contradicción con los progresos de la ilustración de nuestros días”. Señaló que inmediatamente hubo una petición a las Cámaras que en pocas horas se llenó de firmas. Entre ellas se encontraban los nombres de las damas de la Sociedad de Beneficencia. Se convocaron extraordinariamente las Cámaras y resolvieron suspender la ejecución de la sentencia: “El Tribunal Superior de Justicia, bien creyendo que esta suspensión menoscababa su jurisdicción, o bien dando a la resolución de las Cámaras una interpretación errada, suspendió en un momento de mala inspiración el conocimiento de todas aquellas causas en que hubiera de imponerse la pena de muerte”. Después de varias citaciones no se pudieron reunir las Cámaras y el Poder Ejecutivo se dirigió al Tribunal de Justicia para hacerle notar la inconveniencia de la medida tomada. Mencionaba que el Tribunal persistió en su resolución y hasta la fecha estaban suspendidas millares de causas con notable perjuicio de la vindicta pública y de los mismos procesados, muchos que podrían ser inocentes y bien pudieran estar en libertad. Costa mencionaba que la Comisión de Legislación no examinó si sería justo o conveniente conmutar la pena que impusieron los tribunales a los autores de un crimen que con justicia podía decirse que era uno de los más terriblemente calificados que registraban los anales del foro. Expresó que, si se partía de los hechos existentes, la Comisión había creído que después de suspendida la sentencia y después de mucho tiempo transcurrido “sería hoy inhumano mandarla ejecutar, porque ella importaría una doble condenación”. Tan terrible ejecución sería sin objeto porque el efecto moral que era el fin de toda pena estaba ya perdido en el caso. “La Comisión ha creído también por esta razón que, aunque la petición del pueblo solo era referente a Clorinda Sarracán, la conmutación de la pena debía comprender

a sus cómplices, porque siendo ella la principal culpable, no era justo que fueran estos castigados con mayor rigor”.⁹⁶

XI. La clemencia

El 10 de marzo de 1859, el juez de primera instancia Pablo Font dirigió un oficio al jefe del Departamento General de Policía Cayetano M. Cazón donde le informaba que autorizado por el Superior Tribunal para la prosecución de la causa de Clorinda ordenara “que sean puestos a disposición del presidente del Consejo de Higiene Pública dos vigilantes a caballo para que practiquen las citaciones que les sean encomendadas”.⁹⁷

Años después, en la sesión de la Cámara de Diputados del 25 de septiembre de 1867 entró a discusión un despacho de la Comisión de Legislación con una solicitud de Sarracán:

Buenos Aires, septiembre 16 de 1867. A la Honorable Cámara de Diputados: Vuestra Comisión de Legislación ha estudiado detenidamente el proyecto remitido por el Honorable Senado, declarando que después de lo establecido por el artículo 7º de la ley de 29 de septiembre de 1857, han cesado los casos de aleve a que se refiere el artículo 108 de la Constitución, y os aconseja su rechazo, proponiendo en sustitución el adjunto. Al mismo tiempo, es de parecer que en la solicitud elevada a V.H. por Clorinda Sarracán, se provea: *Ocurra donde corresponde*. El miembro informante dará las explicaciones necesarias.⁹⁸

96. *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Año de 1857*, Buenos Aires, Imprenta “La República”, 1883, pp. 316-317. En esa época todavía se recordaba el fusilamiento de Camila O’Gorman. Un autor de apellido Fajardo fue autor del drama *Camila O’Gorman* y desde *El Nacional* se comentaba que el asunto trataba “sobre un suceso contemporáneo de triste recordación, y por lo mismo muy expuesto a exhibirse en escena, cualquiera que fuese la habilidad del autor en no herir susceptibilidades”. *El Nacional* N° 1337, 27/10/1856.

97. El juez de primera instancia en lo civil Pablo Font al jefe del Departamento General de Policía Cayetano M. Cazón, Buenos Aires, 10/03/1859. Archivo General de la Nación (en adelante AGN), Gobierno. Policía 1859. X 33-11-33.

98. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires. Año de 1867*, Buenos Aires, Imprenta “La República”, 1884, p. 317.

Finalmente, el 12 de abril de 1869 el gobernador Emilio Castro conmutó la pena de muerte impuesta a Sarracán por la de presidio que sufrió en la cárcel pública por más de diez años. Esta decisión que tuvo en cuenta el dictamen del asesor Marcelino Ugarte, fue comunicada por el gobernador en la apertura de las sesiones ordinarias de la décima sexta legislatura constitucional el 1° de mayo. Castro en su mensaje al expresarse sobre la conmutación de la pena de muerte recordaba que el gobierno tuvo ocasión de ejercer en los últimos días de su administración la prerrogativa conferida por la Constitución provincial de conmutar la pena de muerte:

El caso en que se ha hecho práctico el ejercicio de esa facultad, era extraordinario, por las circunstancias excepcionales que habían intervenido. Suspendida la ejecución de la pena de muerte fulminada, por un lapso de tiempo de muchos años, podía decirse decretada de hecho la conmutación, pues no era justa ya su ejecución, porque en tal caso habría sufrido el reo desde la sentencia hasta la ejecución, otra fuerte pena, la prisión por más de 10 años, que no entró en la mente de los jueces imponerle y porque habría sido cruel destruir una esperanza de salvación que se había hecho alimentar por tantos años.

El gobernador comunicaba a la Legislatura en “Anexo M.” que la facultad de conmutar la pena capital establecida por el artículo 108 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que “atribuye al gobernador, no reconoce limitación alguna, por lo que toca a la pena que debe ser sustituida la que se conmuta”. La decisión la fundamentaba en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores* en su sesión del 27 de marzo de 1854. Así destacaba que el límite fijado a la atribución del gobernador de conmutar las penas de acuerdo a la Constitución porteña con la excepción de ciertos delitos fue consultado al Tribunal Superior:

Que, respecto del primero, en el caso de Clorinda Sarracán, el gobierno tiene el informe del Superior Tribunal expedido en 22 de marzo del corriente año, en que le dice que después de sancionada la ley de 4 de agosto de 1868, no era inconveniente para que el Poder Ejecutivo use, si lo tiene a bien, de la facultad que le confiere el artículo 108 de la Constitución, sacando así esta causa

tan espectable de la situación anormal en que se halla colocada por circunstancias excepcionales.

El gobernador al resolver la conmutación de la pena de muerte impuesta a Sarracán por la de presidio que sufrió en la cárcel pública por más de doce años hasta la fecha de la resolución le advirtió “que el gobierno espera que al volver a la sociedad y a la familia observará en todo tiempo una conducta irreprochable, que demuestre haber sido merecedora del acto de clemencia que en un momento solemne para ella el pueblo inició primero, y que él hoy viene a cumplir mediante la autorización que le confiere la ley”.⁹⁹

Marcelino Ugarte fue defensor de Ciriaco Cuitiño y Leandro Alén en causas criminales donde sostuvo que el tiempo transcurrido permitía atenuar la pena y que la condena a muerte no satisfacía ningún fin de la penalidad. En su *Discurso leído ante la Academia de Jurisprudencia* en 1850 formulaba un juicio crítico sobre la legislación vigente: “En otros países que tienen una legislación metódica y bien organizada, el trabajo de los que se consagran al estudio del derecho, se simplifica mucho”. Señalaba que en Argentina los Códigos carecían de orden y de unidad y “hay materias sobre las que se halla una multitud de leyes diversas, incoherentes, a veces contradictorias, que es preciso reunir, comparar y conciliar”.¹⁰⁰

XII. Conclusiones

El caso de Clorinda Sarracán colocó a la pena de muerte en la mirada de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de la provincia de Buenos Aires. Asimismo, se produjo un fuerte debate en la sociedad porteña. Se plantearon medidas como la eliminación de la pena de muerte, las facultades de conmutar e indultar las penas por el poder ejecutivo como algunas de las opciones que discutió la elite académica y política. A pesar de que estas

99. *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires 1869*, Buenos Aires, Imprenta “Buenos Aires”, 1869, pp. 37 y 98-99.

100. Zorraquín Becú, Ricardo, *Marcelino Ugarte 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, 1954, pp. 52 y 65.

propuestas no fueron similares y también en el foro y en la prensa había un eco del movimiento abolicionista de otros países.¹⁰¹

Por otra parte, el sistema penal patrio riguroso se aplicó en casos como el de la negra Gertrudis Silva, que robó objetos religiosos en Azul y fue fusilada por orden de Rosas.¹⁰² Asimismo, el célebre caso de Camila O’Gorman, fusilada también por mandato del Restaurador y al igual que la negra mencionada sin debido proceso.¹⁰³ El caso O’Gorman fue recordado y considerado por los abolicionistas al momento de debatir la pena de muerte en la segunda mitad del siglo XIX. Sin embargo, a partir del conocimiento de la sentencia contra Sarracán empezó un movimiento refractario a la pena capital. En la abolición de la pena de muerte y en especial a la mujer tuvo un gran rol Carlos Tejedor. Autor del *Proyecto de Código Penal* adoptado a nivel nacional en 1886 hizo triunfar el abolicionismo en la pena capital a la mujer. En este sentido, Tejedor, si bien mantuvo la pena de muerte para ciertos casos, pensaba que no era apropiada para la mujer y el menor. Los abolicionistas como Beccaria, Carminagni, Chauveau, Feuerbach, Helie, Lucas, Mittermaier y Ortolan –seguidos por Tejedor– cuestionaban la eficacia de la pena capital incluso en base a estadísticas en distintos países. A partir de la desaparición de la pena de muerte que pesaba sobre la mujer se produjo un gran cambio en la legislación penal argentina. Finalmente hace un siglo con el nuevo Código penal redactado por Rodolfo Moreno (h) se la eliminó de forma definitiva.

101. El jurista español Manuel Torres Campos en un estudio muy completo que incluía estadísticas, sostuvo que la pena de muerte no debía imponerse a mujeres. “Su criminalidad es mucho menos que la de los hombres. Esto se atendió en la época revolucionaria. Véanse los resultados. En siete años de no ejecutarse a mujeres tenemos siete condenadas; en cuatro años, después de comenzadas las ejecuciones, hay diez”. Agregaba que el Código de 1870 hizo posible que se aplicara la pena capital a menor número de personas. Torres Campos, Manuel, *La pena de muerte y su aplicación en España*, Madrid, F. Góngora y compañía editores, 1879, p. 35.

102. AGN, Juzgado de paz de Azul 1835-1840. X 20-10-1.

103. Véase, Olaza Pallero, Sandro, “Algunas consideraciones sobre la condena a muerte de Camila O’Gorman”, en *Iushistoria* N° 4, Buenos Aires, 2011, pp. 153-158.

Bibliografía

I. Directas

- Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Autos acordados desde 1810. Acuerdos extraordinarios, resoluciones y noticias referentes a la administración de justicia. Segunda edición autorizada que hizo de la publicación el secretario de la Suprema Corte Dr. Aurelio Prado y Rojas*, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1892, t. I.
- Arca, Fernando del, *Disertación sobre la pena de muerte presentada a la Universidad de Buenos Aires para recibir el grado de doctor en leyes*, Buenos Aires, 1832.
- Archivo General de la Nación: Gobierno. Juzgado de paz de Azul 1835-1840. Policía, 1859.
- Avellaneda, Marco M. de, *Tesis sobre la pena capital por Marco M. de Avellaneda*, Buenos Aires, 1834.
- Biblioteca Nacional, Colección Candiotti.
- Cané, Miguel, *Disertación sobre las penas*, Buenos Aires, 1835.
- Caravia, Bernabé, *Tesis sobre la pena de muerte*, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1832.
- Causa criminal seguida contra los reos Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez por el asesinato de D. Jacobo Fiorini esposo de la primera copiada del proceso con autorización superior*, Buenos Aires, Imprenta de "El Eco", 1856.
- Constitución Nacional de 1853, Edición facsimilar y documentada*, Estudio preliminar del Académico de Número Dr. Isidoro J. Ruiz Moreno, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 2005.
- Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Año de 1857*, Buenos Aires, Imprenta "La República", 1883.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires. Año de 1867*, Buenos Aires, Imprenta "La República", 1884.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires 1869*, Buenos Aires, Imprenta "Buenos Aires", 1869.
- El Nacional*.
- El Orden*.

- Feuerbach, Anselm von, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- García Goyena, Florencio y Aguirre, Joaquín, *Febrero ó Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensivo de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, Madrid, Boix editor, 1842, t. VII.
- Índice del Archivo del Departamento General de Policía, desde el año de 1831, Buenos Aires, Imprenta de La Tribuna, 1860, t. I.
- Keen, Carlos, “Facultad de perdonar”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1870, pp. 1-37 y 121-128, t. IV.
- Las Siete Partidas del sabio rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del lic. Gregorio Lopez*, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1844, t. III.
- Leiva, Alberto David, *Carlos Tejedor. Dictámenes del asesor de gobierno del Estado de Buenos Aires*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1996.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal ó esposición comparada de los principios en materia criminal, y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. etc., traducido al castellano, con un apéndice sobre la legislación criminal de España, relativa a la prueba*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857.
- Navarro Viola, Miguel, “Una palabra contra la pena de muerte”, en *El Plata Científico y Literario. Revista de los Estados del Plata sobre Legislación, Jurisprudencia, Economía-Política, Ciencias Naturales y Literatura*, Buenos Aires, noviembre 1854, t. III, pp. 17-19.
- Paz, Marcos, *Tesis sobre la pena de muerte sostenida en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1834.
- Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajando por encargo del gobierno nacional por el doctor don Carlos Tejedor. Parte primera*, Buenos Aires, Imprenta del Comercio del Plata, 1866.
- Ramos, Juan P., *El derecho público de las provincias argentinas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1916, t. II.

Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires. Año 1856, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1875.

Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires. Año 1857, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1875.

Reybaud, José María, *Tesis sobre la pena de muerte pronunciada y sostenida en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1834.

Sarmiento, Domingo F., “Camila O’Gorman (Crónica de 26 de agosto de 1849)”, en *Obras de D. F. Sarmiento publicadas bajo los auspicios del gobierno argentino*, Buenos Aires, Félix Lajouanne editor, 1887, t. VI, pp. 207-212.

Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1860.

Villanueva, Francisco, *Tesis sobre la pena de muerte*, Buenos Aires, 1832.

II. Indirectas

Botana, Natalio R., *La tradición republicana. Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo*, Buenos Aires, Debolsillo, 2005.

Candioti, Magdalena y Yangilevich, Melina, “La justicia en la construcción del orden estatal”, en Ternavasio, Marcela (dir.), *Historia de la Provincia de Buenos Aires. De la organización provincial a la federalización de Buenos Aires (1821-1880)*, Buenos Aires-Gonnet, Edhasa-Unipe editorial, 2013, t. III, pp. 179-203.

Cutolo, Vicente Osvaldo, *Nuevo diccionario biográfico argentino (1750-1930)*, Buenos Aires, Elche, 1971, t. III.

Ibáñez Frocham, Manuel, *La organización judicial argentina (Ensayo histórico). Época colonial y antecedentes patrios hasta 1853*, prólogo de Emilio Ravignani, Buenos Aires, Librería y Editorial “La Facultad”, 1938.

Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1950, t. I.

Laplaza, Francisco P., *Antecedentes de nuestro periodismo forense hasta la aparición de “La Revista Criminal” (1873) como introducción a la historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Dirección General de Institutos Penales de la Nación, 1950.

Leiva, Alberto David, *Historia del foro de Buenos Aires. La tarea de pedir justicia durante los siglos XVIII a XX*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

- Levaggi, Abelardo, *El derecho penal argentino en la historia*, Buenos Aires, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires-Eudeba, 2012.
- Levaggi, Abelardo, “La pena de muerte en el derecho argentino precodificado. Un capítulo de la historia de las ideas penales”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* N° 23, Buenos Aires, 1972, pp. 17-91.
- Levene, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, G. Kraft, 1958, t. X.
- Méndez Calzada, Luis, *La función judicial en las primeras épocas de la independencia. Estudio sobre la formación evolutiva del poder judicial argentino*, Buenos Aires, Losada, 1944.
- Myers, Jorge, “Una revolución en las costumbres: las nuevas formas de sociabilidad de la elite porteña, 1800-1860”, en Devoto, Fernando y Madero, Marta (dir.), *Historia de la vida privada en la Argentina. País antiguo. De la colonia a 1870*, Buenos Aires, Taurus, 2000, t. I, pp. 110-145.
- Olaza Pallero, Sandro, “Algunas consideraciones sobre la condena a muerte de Camila O’Gorman”, en *Iushistoria* N° 4, Buenos Aires, 2011, pp. 153-158.
- Rivero Astengo, Agustín, *Miguel Navarro Viola, el opositor victorioso 1830-1890*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1947.
- Salvatore, Ricardo D., *Subalternos, derecho y justicia penal. Ensayos de historia social y cultural argentina 1829-1940*, Barcelona, Gedisa, 2010.
- Silva Riestra, Juan, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires-Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943.
- Tau Anzoátegui, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Historia del Derecho Argentino Ricardo Levene, 1977.
- Torres Campos, Manuel, *La pena de muerte y su aplicación en España*, Madrid, F. Góngora y compañía editores, 1879.
- Wasserman, Fabio, “La política, entre el orden local y la organización nacional”, en Ternavasio, Marcela (dir.), *Historia de la Provincia de Buenos Aires. De la organización provincial a la federalización de*

Buenos Aires (1821-1880), Buenos Aires-Gonnet, Edhasa-Unipe editorial, 2013, pp. 153-178.

Zorraquín Becú, Ricardo, *Marcelino Ugarte 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, 1954.

Entre artistas, científicos, profetas y operadores político-ideológicos: problemas epistemológicos en torno al objeto y método de la disciplina jurídica

Facundo Esteban Mojico *

“¡Feliz aquella nación en que las leyes no fueran una ciencia!”
Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria (*De los delitos y las penas*)

Resumen

Este ensayo analiza las peculiaridades del objeto y método de la disciplina jurídica, desde distintas perspectivas iusfilosóficas, a fin de poner a prueba si se trata de una ciencia, al menos a partir de los cánones de la epistemología tradicional, problema introducido en el apartado I. Para ello, en primer lugar, se sientan las premisas teóricas con relación a las características que debe reunir cualquier disciplina para producir “conocimiento científico” (apartado II). Luego, se examinan las tesis de las distintas escuelas iusfilosóficas (entre otras, positivismo, iusnaturalismo, realismo jurídico, trialismo) respecto a cuál es el objeto del “derecho” y se analiza si les caben objeciones epistemológicas, haciendo especial énfasis en la relación entre derecho y lenguaje en los sistemas normativos actuales (apartado III). El siguiente paso es el estudio de la evolución de la teoría de la interpretación

* Abogado (UBA); Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Barcelona); Maestrando en Maestría de Filosofía de Derecho (UBA); Profesor universitario en distintas materias vinculadas al derecho penal (UBA, Universidad de Belgrano y Universidad del Salvador). Secretario del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 11; fmojico@derecho.uba.ar.

jurídica –como método principal de esta disciplina, abordado tanto por la teoría del derecho como por la filosofía del derecho–, apuntándose los distintos factores extranormativos que se ponen en juego en la labor del juez, tanto en la subsunción como en la ponderación (apartado IV). En la misma línea, expongo cuál es la misión del jurista, de acuerdo a destacada doctrina, en tanto pretenda erigirse en “científico del derecho” (apartado V). Una vez afirmado el ineludible vínculo entre el derecho y la moral como herramientas del operador jurídico, siento mis puntos de partida metaéticos e indago cómo juegan estos saberes en el derecho posmoderno (apartado VI). Finalmente, adopto una conclusión que se acerca a los estudios críticos del derecho, en tanto afirmo que el derecho no es una ciencia sino una verdadera técnica del poder, con la consiguiente responsabilidad ética, política e ideológica que ello genera en el operador jurídico (apartado VII).

Palabras clave: epistemología, derecho y lenguaje, interpretación jurídica, sistemas normativos, rol del juez, rol del jurista, teorías dogmáticas, derecho y moral.

Among Artists, Scientists, Prophets and Political-Ideological Operators: Epistemological Problems Around the Object and Method of Legal Discipline

Abstract

This essay analyzes the distinctive traits of the object and method of the legal discipline, from different legal-philosophical perspectives, in order to test whether it is a science, at least from the traditional epistemology standards (problem introduced in section I). Therefore, in the first place, the theoretical premises are established in relation to the requirements that any discipline must meet to produce “scientific knowledge” (section II). Then, the different philosophy of law schools’ thesis are examined regarding what is the object of “law”/“jurisprudence” and whether they present epistemological objections, with special emphasis on the relationship between law and language in current regulatory systems (section III). Our next step is the study of the evolution of the legal interpretation theory –as the main method of this discipline, approached both by the theory of law and by the philosophy of law–, pointing out the different extra-normative factors that are used in

judge's work (section IV). In the same way, I present which is the mission of the jurist, according to prominent doctrine, insofar as he seeks to establish himself as a "legal scientist" (section V). Once the inescapable link between law and morality as legal operator's tools has been affirmed, I set my meta-ethical premises and I investigate how these different knowledges are related in postmodern law (section VI). Finally, I conclude that law is not a science but a true power technique, with the consequent ethical, political and ideological responsibilities that this generates in the legal operator (section VII).

Keywords: Epistemology, Law and Language, Legal Interpretation, Normative Systems, Role of the Judge, Role of the Jurist, Dogmatic Theories, Law and Morality.

I. Introducción: el problema

¿Podemos afirmar tajantemente que los abogados hemos aprendido la carrera de la "ciencia jurídica"? ¿Acaso existe el derecho como ciencia? ¿Qué tipo de trabajo llevan a cabo los operadores jurídicos y de qué herramientas se valen? ¿Comparte esta disciplina las mismas características de lo que, siguiendo los parámetros de la epistemología clásica, se ha entendido por conocimiento científico? Estas y otras preguntas han servido como disparadores del presente trabajo, en el cual se abordarán distintos tópicos de la teoría general del derecho a fin de indagar sobre el carácter científico (o no) de esta disciplina.

II. Marco teórico: los cánones de la epistemología clásica

Nuestro punto inicial es crucial: debemos adoptar algún marco teórico para determinar qué entendemos por "ciencia". Solo de este modo podremos verificar si el derecho contiene las características definitorias del conocimiento científico. En mi caso, acudiré al trabajo de Mario Bunge, quien define ciencia como el "... conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible".¹ El autor abraza las tesis de Merton y

1. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, p. 11.

define el *ethos* científico por su universalidad, comunismo, desinterés y escepticismo organizado.²

“La ciencia es *universal* en el sentido de que sus afirmaciones y métodos son impersonales y objetivos [...] La comunidad científica, a diferencia de la técnica, es *comunista*: sus miembros comparten datos, teorías y métodos. La actividad científica, a diferencia de la técnica, es *desinteresada*: busca la verdad por la verdad. Finalmente, la actitud científica es *escéptica*, no dogmática: revisa los supuestos y resultados de la investigación a la luz de la lógica y de la observación”.³

Si bien estas tesis fueron controvertidas por trabajos más actuales, propios de la posepistemología,⁴ Bunge refleja claramente el pensamiento epistemológico más tradicional en el cual se separan tajantemente la ciencia, la dogmática, la doxa, la superstición y la ideología. Sin desmerecer los nuevos planteos epistemológicos (los cuales serán retomados sobre el final de este trabajo), aquellos desdibujan las fronteras entre todos estos tipos de saberes, lo que no resulta útil para mi propósito.

Aclarado ello, se entiende que el conocimiento científico es objetivo pues: (i) concuerda aproximadamente con su objeto, es decir, busca alcanzar

2. En el mismo sentido, Dabove, María Isolina, “Arqueología de la Ciencia Jurídica”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, UNR, Rosario, FIJ, 2006, pp. 74 y 75.

3. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, p. 152.

4. Follari, Roberto, *Epistemología y sociedad. Acerca del debate contemporáneo*, Rosario, Homo Sapiens, 2000, p. 11 y n. 1. La posepistemología desmitifica el pretendido carácter ahistórico y formalista de la epistemología desde la cual se pensó y construyó la ciencia moderna. Tal epistemología “gris” y los conocimientos que se produjeron en base a ella se presentaron como científicos, avalorativos y neutrales sin considerar las prácticas sociales que, entrelazadas con los enunciados, constituyen la empresa científica. Por ello, esta “concepción heredada” ha sido enfrentada a partir de 1960 por filosofías de la ciencia que, además de considerar las estructuras formales de las teorías científicas, las relacionan con las prácticas concretas y con su inserción histórica (Díaz, Esther, “El conocimiento como tecnología de poder”, en *La posciencia: el conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad*, 1ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 15 y ss.).

la verdad fáctica; y (ii) verifica la adaptación de las ideas a los hechos a través de la observación y la comprobación empírica. Asimismo, se dice que es racional dado que: (i) está constituido por conceptos, juicios y raciocinios, y no por sensaciones, imágenes, pautas de conducta, etc.; (ii) esas ideas se combinan de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas, a fin de producir nuevas ideas; y (iii) tales raciocinios se organizan sistémicamente, es decir, a través de conjuntos ordenados de proposiciones (teorías).⁵ Como tales, las disciplinas científicas tienen un objeto, métodos, técnicas, grados de desarrollo diversos, objetivos y alcance.

Si bien las definiciones de la ciencia son convencionales (y, por ende, responden a criterios de utilidad) y muchos de sus conceptos son primitivos (no definidos), la delimitación de la porción del mundo que se estudiará no lo es. Dicho de otro modo, la ciencia es empírica y, si bien puede modificar el objeto de estudio, parte de los hechos, los describe y explica en términos de teorías, y siempre vuelve a ellos. De acuerdo a la epistemología clásica, la realidad siempre está por fuera del observador, le resulta independiente, aquel no la construye. Por ejemplo, los cuerpos celestes seguirán existiendo, más allá de cuántos se crea que existen, cómo se expliquen sus órbitas y la fuerza de atracción entre ellos, etc. Es decir, solo se acepta el constructivismo gnoseológico, no así el constructivismo ontológico. Por ello, el conocimiento científico es empírico y verificable, es decir, la comprobación de sus hipótesis involucra la experiencia. Lo que se acepta solo por gusto, por autoridad, por parecer evidente (habitual) o por conveniencia, no es conocimiento científico sino creencia u opinión.⁶

Llamamos método al proceso que llevamos a cabo a fin de alcanzar y obtener afirmaciones (provisoriamente) verdaderas, es decir, el camino que transitamos para construir conocimiento. Ahora bien, no todos los métodos propuestos resultan confiables para obtener conocimiento científico. Un método puede ser considerado confiable si: (i) siempre obtiene el mismo resultado, dadas ciertas circunstancias apropiadas; (ii) puede ser reproducido por cualquier sujeto, en las mismas circunstancias adecuadas; y

5. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, pp. 20-23 y 31-33.

6. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, pp. 51-54.

(iii) tales circunstancias no dependen de capacidades particulares del sujeto en cuestión, que no puedan ser científicamente explicadas (por ejemplo, la condición de médium o algún tipo de iluminación divina).⁷ Así, en el campo de las ciencias formales tales como la lógica y la matemática se emplea el cálculo; mientras que en las ciencias empíricas se utiliza la observación y la experimentación.

III. El objeto de la disciplina jurídica y su método

Descripto el marco teórico elegido, el siguiente paso es determinar qué estudia la “ciencia jurídica”, lo que ya resulta una tarea extremadamente compleja. Existen múltiples escuelas que caracterizan al derecho de modo muy diverso. Positivismo, iusnaturalismo, realismo jurídico, trialismo, enfoques críticos, entre otras, disputan esta pretensión de definición. A su vez, cada una de ellas tiene vertientes distintas. Esta multiplicidad constituye un problema no menor: definir el objeto de estudio condiciona las otras variables de la actividad científica. Asimismo, si aquellas parten de una concepción realista ontológica (como la expuesta en el apartado precedente), el diálogo entre los exponentes de las distintas escuelas será imposible. En suma, a cada concepto de “derecho” le corresponderá una “ciencia jurídica” distinta.⁸ Ello ha conducido a que algunos autores prefieran adoptar una perspectiva constructivista, y no buscar tanto responder

7. Guibourg, Ricardo, “Legal science”, en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2017, la traducción me pertenece.

8. Ciuro Caldani explica este problema desde una concepción trialista: “Según la concepción que se tenga del Derecho, la ciencia jurídica tendrá menos o más referencias situacionales: el unidimensionalismo dikelógico que cree en la existencia de un Derecho Natural a priori, universal y eterno, fabrica unas ciencias con estas características: le sigue con una relativa aspiración de universalidad el unidimensionalismo normológico, en el que los conceptos y la técnica suelen pretender una gran uniformidad y, por último, con una marcada referencia local, se hallan las concepciones más abiertas a las particularidades de la realidad social, principalmente el unidimensionalismo sociológico y todas las vertientes historicistas. La ciencia jurídica trialista reconoce que cada expresión del Derecho es a la vez particular y universal” (Ciuro Caldani, Miguel Ángel; “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, N° 2/3, p. 104).

“qué es” el derecho, como discutir acerca de lo que nos resulta esclarecedor considerar como tal.⁹

Por otro lado, de acuerdo a los criterios de verdad y métodos aceptados científicamente, muchas escuelas iusfilosóficas llevan las de perder. Veamos.

III.A. La propuesta metodológica del iusnaturalismo y su objeto

El iusnaturalismo –ya sea teológico, racionalista o historicista– apela a la revelación sobrenatural, la evidencia o la intuición (camuflada bajo el término “razón práctica”) para definir los postulados del Derecho Natural (sí, con mayúsculas), a los cuales debe adaptarse la ley positiva para ser considerada “derecho”. Así, Kalinowski concluía que:

“Gracias al intelecto del que está dotado, el hombre es capaz de llegar al conocimiento de sus inclinaciones naturales y de los fines a los que se corresponden y hacia los cuales se orientan. Estas inclinaciones comportan una carga axiológica y normativa que el intelecto práctico, que ejerce su función cognoscitiva en vista a la dirección de la acción, aprehende emitiendo los juicios estimativos o normativos que corresponda según el caso. Es evidente que las inclinaciones humanas en cuestión son naturales en el sentido más estricto y, por lo tanto, buenas, sólo porque son esenciales, es decir, expresivas de la esencia del hombre en el cual están ancladas”.¹⁰

9. “Si se adopta la posición objetiva se abre una perspectiva de ciencia, pero esa postura tiene la desventaja de que cada uno se abroquelaba en una idea y al final se llega a una consecuencia parecida a la subjetivista [...] El constructivismo nos parece la posición más favorable al diálogo. Poniendo entre paréntesis la respuesta acerca de lo que el Derecho “es”, se puede discutir acerca de lo que nos resulta esclarecedor considerar como tal. ¿Cuál es el ámbito a tratar como Derecho? ¿Qué resulta esclarecedor considerar Derecho y qué es lo que nos parece excesivo, por ejemplo, porque confunde?” (Ciuro Caldani, Miguel Ángel; “Lecciones acerca de la Teoría General del Derecho”, en *Investigación y Docencia*, N° 32, 1992, p. 39).

10. Kalinowski, Georges en Vigo, Rodolfo L., “Una teoría distintiva ‘fuerte’ entre normas y principios jurídicos”, en Delgado Barrio, Javier y Vigo, Rodolfo L., *Sobre los principios jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 116.

Valga otro referente contemporáneo: Finnis identifica las siete formas básicas de bien humano explicando que se trata de valores básicos “evidentes”, “obvios” e “indemostrables”:

“... si uno presta atención cuidadosa y honestamente a las posibilidades humanas relevantes uno puede comprender, sin razonar a partir de ningún otro juicio, que la realización de esas posibilidades es, en cuanto tal, buena y deseable para la persona humana; y (ii) que esta comprensión no requiere de justificación ulterior”.¹¹

En nuestro medio, Vigo sostiene que la razón humana, de manera fácil e inmediata, está en condiciones de reconocer y formular aquellos principios del derecho (o derechos humanos) en la medida en que “... penetre en la naturaleza humana y la lea jurídicamente, o sea esclareciendo aquellos ‘suyos’ o ‘atribuciones’ que tienen en igualdad todos los hombres”, principios que expresarían “... la juridicidad primera o radical que permite constituir, confirmar o invalidar cualquier otra juridicidad creada por los hombres”.¹²

Incluso si se obviase que esta (supuesta) cualidad del intelecto humano que permite aprehender y conocer estas “verdades axiológicas” se trata de un atributo que no puede explicarse científicamente, lo cierto es que la realidad histórica demuestra que no existen consensos mínimos intersubjetivos al respecto una vez que se utiliza este método. La intuición, introspección, evidencia analítica, intelecto o razón práctica funciona como la galera del mago: nunca sabemos qué puede encontrarse adentro y tampoco es usual encontrar dos galeras iguales. Cada mago tiene sus propios trucos.

Tal vez el siguiente ejemplo actual sea ilustrativo: no albergo dudas en cuanto a que tanto el sector que luchó por que se legalice el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en Argentina, como aquellos que se oponían a dicha reforma estaban íntimamente convencidos –si se quiere, apodóticamente– de que les asistía *la* razón, que su postura era “buena y deseable para la vida humana” y que los diversos derechos que invocaban

11. Finnis, John M., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 99-111.

12. Vigo, *op. cit.*, pp. 116-117.

a favor y en contra de sus posiciones eran tan ciertos y elementales como verdaderos.

El gran problema de partir de esta premisa metodológica es que carece de herramientas para explicar la divergencia intersubjetiva en materia axiológica: ¿cuál es el problema de quien no advierte tan claramente como nosotros las “inclinaciones naturales” de las personas? ¿Acaso una falta de cuidado u honestidad? ¿Tal vez una tara intelectual?

Además, en casi todas las tesis iusnaturalistas lo característico de estos principios morales y de justicia es que son asequibles a la razón y universalmente válidos¹³ y, por ello mismo, no serían falibles o abiertos tal como exige el conocimiento científico.¹⁴ Más que ciencia, el iusnaturalismo propone una verdadera postura dogmática.

III.B. El enfoque integrador o trialismo

En lo que concierne a la compleja teoría trialista, para la comprensión goldschmidtiana corresponde atender a un mundo jurídico donde se integran repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica) captados por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por el valor justicia (dimensión dikelógica).¹⁵ Por ello, el trialismo se encuentra en el mismo aprieto que el iusnaturalismo, si no logra reconducir su dimensión axiológica a alguna versión constructivista ética.¹⁶

13. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 27-30.

14. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, pp. 44-45.

15. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Razones del trialismo (A Werner Goldschmidt, treinta años después)”, en *Investigación y Docencia*, ISSN 1514-2469, Número 52 – 2016/2017, p. 132.

16. Por ejemplo, Goldschmidt, tributario del idealismo genético, sostenía la objetividad de los valores. Por su parte, Ciuro Caldani advierte esta inconsistencia y propone su superación a través de su construcción, especialmente, asignando relevancia al valor supremo “justicia” (Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Lecciones acerca de la Teoría General del Derecho”, en *Investigación y Docencia*, N° 32, 1992, p. 41).

III.C. Las escuelas de la “naturaleza de las cosas”

Por su parte, las escuelas jurídicas que se fundan en “la naturaleza de las cosas” sostienen que existen ciertos aspectos de la realidad que poseen fuerza normativa y, por ende, constituyen una fuente de derecho a la cual debe adecuarse el derecho positivo. Por ejemplo, Hans Welzel¹⁷ postulaba la existencia de “estructuras lógico-objetivas” o “estructuras lógico-reales” (*sachlogische Strukturen*) respecto de las cuales pueden formularse “declaraciones de validez universal”, que “... están dadas de antemano al legislador” y que, por lo tanto, le imponen limitaciones materiales a su obra. “No llegamos al derecho natural legítimo cuando proyectamos nuestros deseos en un reino ideal, sino cuando con fatigoso trabajo, investigamos las legalidades lógico-objetivas que como un tejido atraviesan todo el derecho positivo, dándole un punto de apoyo firme, libre de toda arbitrariedad”. Por supuesto, la individualización de aquellas estructuras es la “noble tarea” de la ciencia jurídica y le otorga “... una gran responsabilidad frente al derecho y confiere seriedad y jerarquía a su actividad: es de esta manera protectora del derecho”. Welzel, padre del finalismo en la dogmática jurídico-penal, desarrolló toda su teoría del delito a partir de estas “estructuras lógico-objetivas”, como los conceptos de “acción”, “culpa” y “dolo”.¹⁸

Además de las mismas objeciones epistemológicas que le caben al iusnaturalismo, a estas escuelas basadas en “la naturaleza de las cosas” se les puede formular otra adicional: incurren en una falacia naturalista, al pretender fundar la normatividad de ciertos (supuestos) hechos y características –faz prescriptiva– simplemente porque se trataría de la (supuesta) descripción correcta de la porción de la realidad pertinente –faz descriptiva–; cuya evidencia, prueba y contenido son por demás dudosos.

17. Welzel, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, pp. 34-43.

18. En la misma línea, Gimbernat Ordeig critica el papel atribuido a la naturaleza de las cosas por el finalismo y las derivaciones dogmáticas que de ello realizaron en la teoría del hecho punible (Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2020, pp. 115-119).

III.D. El realismo jurídico

En principio, el realismo jurídico y el positivismo conceptual (o metodológico) no tendrían el mismo problema: sintéticamente, la primera escuela entiende que el derecho está constituido por las decisiones judiciales y por aquello que el juez tiene en consideración a la hora de fallar; mientras que la segunda afirma que el concepto de derecho debe caracterizarse solamente según propiedades descriptivas y, en este sentido, lo identifica –con más o menos matices– como sistemas normativos.¹⁹

El movimiento realista norteamericano (Oliver W. Holmes, Karl Llewelyn, Jerome Frank) desplaza del corazón del sistema a las normas y coloca allí a las decisiones judiciales. Las normas generales y abstractas son rebajadas al rango de reglas de papel (*paper rules*), simples posibilidades jurídicas; y se presta especial atención a las reglas reales (*real rules*), es decir, aquellas que efectivamente son consideradas y aplicadas por los jueces en sus resoluciones.

Con crudeza y escepticismo, el punto de vista clásico que privilegia la regla y el deber de obediencia es sustituido por los ojos del “hombre malo”. Lo único que le interesa a aquel son las eventuales consecuencias de sus actos. La cuestión ya no es ¿cuál es mi deber?, sino ¿qué probabilidades hay de que mi comportamiento sea sancionado? Dado que las reglas y normas ya no se imponen *a priori* al operador jurídico (por ende, solo constituyen una posible justificación de su decisión), se entiende que aquellas solo representarán una predicción del futuro pronunciamiento. Así, Holmes definió el derecho como “... las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos” y en los mismos términos explicó la noción de “deber jurídico”.²⁰

Sin embargo, la tesis realista no define lo que es el derecho, sino lo que los operadores hacen con eso que (necesariamente otros) llaman derecho. No cabe duda de que los jueces siguen algún tipo de norma para tomar sus decisiones, sin embargo, el realismo no puede explicar de qué tipo son y cómo se las distingue de otras clases de normas. Ya Olivecrona había advertido:

19. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 37-43.

20. Holmes, O. W., *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, pp. 20-21.

“Las posibilidades de un fallo a favor del demandante son calculadas sobre la base del conocimiento del derecho (cuando no únicamente sobre la base de la idiosincrasia del juez o del hecho de que éste ha sido sobornado, etcétera). Pero las reglas jurídicas que se refieren a pretensiones y al derecho de propiedad son concebidas como reglas acerca de derechos subjetivos y deberes. Sin embargo, estas reglas no son enunciados sobre probabilidades: el derecho no predice las acciones probables de los tribunales; se lo concibe como imponiendo ciertas acciones a estos últimos. Cuando estudiamos los precedentes encontramos decisiones que se refieren a los derechos y deberes de las partes en los litigios; como se señaló, las decisiones judiciales no son predicciones de la conducta futura de los tribunales”.²¹

Es decir, no construye una ciencia propiamente jurídica, sino que hace sociología del derecho. El realismo debería limitarse a compendiar decisión jurisprudencial tras decisión, sin otra potencialidad teórica que utilizarlos como base para nuevas predicciones. De este modo, pierde un referente externo con el cual entender, explicar y criticar lo que es propiamente jurídico (y lo que no). ¿Por qué razón un cambio radical en la interpretación judicial de alguna norma en particular podría estar (o no) equivocado, si en ambos casos se trata de normas aplicadas por jueces? En suma, el realismo jurídico ciertamente esboza una explicación científica de lo que los operadores jurídicos realizan diariamente desde la perspectiva de un “observador externo”, pero no puede explicar las razones por las que lo hacen, ni tampoco ofrece herramientas teóricas para discutir sobre la corrección o incorrección de la labor de tales operadores.

III.E. El iuspositivismo

Detengámonos ahora a examinar el “objeto” de la pretendida “ciencia jurídica positivista”. Aquel se circunscribe a normas (en sentido lato), es decir, constructos humanos edificados a partir del lenguaje corriente. A diferencia de otras ciencias que se encuentran mediadas por el lenguaje (toda

21. Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, México, Fontamara, 1991, p. 20.

producción cultural lo está), la materia prima del derecho es directamente el propio lenguaje. Por esta razón, los órdenes normativos acarrearán indefectiblemente los defectos de los lenguajes naturales²² y resultan: (i) vagos, en tanto muchas veces no existen límites precisos del significado que normalmente se adjudica a una palabra o expresión; y (ii) ambiguos, dado que algunos términos o expresiones pueden asociarse a más de un significado (polisemia), problema lingüístico que puede darse en una palabra o en la construcción de una frase.²³

En el mismo sentido, Hart también afirmó que el límite a la orientación general de la conducta humana que pueden ofrecer las normas generales está dado por la misma naturaleza del lenguaje.²⁴ Para explicar este límite intrínseco a las formulaciones normativas, acuñó el concepto de “textura abierta del lenguaje humano”, característica general que se identifica con la falta de certeza en la zona marginal (o de penumbra) de los términos, es decir, con su potencial vaguedad. No vivimos en un mundo caracterizado por un número finito de notas, en el cual podamos prever anticipadamente todas sus posibles combinaciones para todas las posibilidades imaginables. Los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las eventuales combinaciones de circunstancias que el futuro pueda deparar; de otro modo, serían verdaderos dioses. Existen situaciones de hecho generadas a partir del desarrollo cultural, social, tecnológico o científico de las comunidades que tornan inciertos los supuestos de uso de un término.

Alchourrón y Bulygin han denominado “lagunas de reconocimiento” a estos problemas de indeterminación semántica de conceptos en los cuales no se sabe si un caso individual pertenece o no al caso genérico. En oposición a ellas, las “lagunas de conocimiento” se vinculan a supuestos en los cuales existe falta de información fáctica sobre los hechos involucrados, de modo tal que no puede afirmarse si el caso en cuestión reúne o no las

22. En el mismo sentido, Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 45.

23. Guibourg, Ricardo A., “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N°9, Asociación Argentina de Derecho Comparado, 1991, p. 159.

24. Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 155-169.

propiedades de la clase del caso genérico²⁵ –problema de corte empírico que también fue estudiado por Jerome Frank, exponente ya nombrado del realismo norteamericano.²⁶

Los ordenamientos jurídicos están lejos de ser un conjunto de normas precisas y unívocas. Aun cuando ya estaban presentes en los textos constitucionales decimonónicos, con mayor intensidad a partir de la segunda etapa del constitucionalismo en el siglo XX los sistemas normativos fueron plagándose de garantías, directrices y principios generales que estructuran jerárquicamente la interpretación de las restantes normas.

Norma (ahora en sentido estricto, también denominada “regla”) es la correlación condicional entre un conjunto o clase de circunstancias relevantes (caso) y una conducta definida deónticamente, es decir, calificada en términos de permitido, obligatorio y prohibido (solución). Por otro lado, siguiendo la conocida distinción propuesta por Dworkin entre directrices y principios,²⁷ las primeras proponen estándares a ser alcanzados, generalmente, en algún campo político, económico o social de la comunidad (por ejemplo, la promoción de la industria –art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional Argentina–). Por su parte, los principios postulan estándares que deben ser observados, pero no porque aseguren o favorezcan algún objetivo político/social/económico deseable, sino por exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (por ejemplo, el derecho a la intimidad –art. 18 de la Constitución Nacional Argentina–). Existen otro tipo de enunciados que pueden formar parte de un sistema normativo (estipulaciones de definiciones normativas, las “reglas secundarias” enunciadas por Hart, etc.), pero no me ocuparé de ellos en este trabajo.

Dworkin explica que existen dos diferencias principales entre normas y directrices/principios.²⁸ Ante todo, una distinción lógica pues las normas

25. Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción de la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 47-51.

26. Frank en Duquelsky Gómez, Diego J., “El rol del juez en una sociedad democrática”, en *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitoria*, v. 16, Nº 2, julio/diciembre 2015, pp. 129-130.

27. En lo sucesivo, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2010, pp. 72-80.

28. La diferenciación fuerte entre normas y principios/directrices postulada por este autor no es compartida por otros, problema que será retomado en el apartado V.

se aplican a manera de disyuntivas, es decir, si se dan las circunstancias de hecho previstas como condición, la consecuencia jurídica se aplica automáticamente (en tanto la norma sea válida). Su aplicabilidad es “todo o nada”. En caso de darse dos normas contradictorias, solo una de ellas puede aplicarse (en tanto exista alguna metarregla que dirima este conflicto, tal como norma posterior/norma anterior, norma superior/norma inferior, norma especial/norma general). Por otro lado, los principios o directrices otorgan razones para decidir, esto es, dan sentido, informan e incluso justifican normas y decisiones. La razón que proporcionan discurre en un sentido, pero no exige una decisión particular, e incluso puede haber otros principios que otorguen una razón en sentido opuesto. Esto conduce a una segunda diferencia: en contraste con las normas, los principios y directrices tienen una dimensión de peso o importancia.

Sobre la distinción entre reglas y principios se volverá luego; por el momento, repárese en todos los derechos humanos (principios) y las garantías consagradas: igualdad, libertad, legalidad, educación, vivienda, derecho de huelga, defensa en juicio, etc. ¿A partir de aquellos podemos construir conceptos claros, precisos e inequívocos, características que debe revestir el conocimiento científico?²⁹ Difícilmente. Por el contrario, para la visión principialista “estándar” los derechos fundamentales se encuentran configurados como principios –y no como reglas– por razones

“... que remiten a la pretensión de duración larga de los textos constitucionales, a las dificultades para su modificación, a la necesidad de que los mismos constituyan, durante un amplio horizonte temporal, el terreno común compartido para la deliberación pública. Pues para ello resulta conveniente que los textos constitucionales no cierren la deliberación respecto al alcance y a la articulación recíproca entre los derechos que ellos mismos confieren. El no cierre de la deliberación respecto al alcance de cada uno de los derechos y respecto a la articulación recíproca entre ellos se logra, primero, mediante el uso de términos fuertemente valorativos para caracterizar los derechos y, segundo,

29. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, pp. 28-30.

no pretendiendo anticipar –lo que resultaría una pretensión infundada, pues el constituyente no es, obviamente, omnisciente– todas las posibles combinaciones de propiedades –y la relevancia de cada una de ellas– que puedan presentar los casos futuros en que haya una oportunidad de realizar el contenido de más de un derecho constitucionalmente conferido, de un derecho fundamental”.³⁰

A su vez, salvo raras excepciones, a nivel convencional los derechos fundamentales y garantías han sido formulados en términos amplios porque forman parte de tratados multilaterales que se integran a cuantiosos ordenamientos internos en virtud de los compromisos asumidos por cada Estado.³¹

¿Se han consagrado reglas positivas que prevean el modo en que debe ser determinado qué tipo de principio debe informar la interpretación de una norma concreta o la resolución de un caso particular? No: los principios constitucionales/convencionales no tienen un campo de aplicación determinado; incluso si su aplicabilidad no es controvertida en un caso concreto, tampoco establecen soluciones unívocas en tanto la adscripción de significado puede ser altamente divergente³² (a modo de ejemplo, piénsese en los distintos modos de entender el “principio de igualdad” y cómo ello impactaría al momento de evaluar la legitimidad de políticas de cupo para cargos públicos). Los conflictos entre principios no pueden resolverse por medio de los criterios estándar de solución de conflictos entre normas,³³ a saber, las metarreglas abordadas anteriormente; su empleo implica la “ponderación”,

30. Manero, Juan Ruiz, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, ‘soluciones en abstracto’ y ‘ponderaciones equitativas’”, en *Doxa*, N° 35, 2012, p. 823.

31. Quizá una excepción sean las reglas previstas en la “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, como por ejemplo su art. 2.2. Ello quizás se deba a que la prohibición de infligir torturas se ha considerado por algún sector de la doctrina como el único principio imponderable o “absoluto”.

32. Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 211.

33. Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 214.

criterio metodológico que se profundizará más adelante. Ahora bien, ¿existen normas legales que zanjen cómo establecer el “peso relativo” de cada principio al ponderarlos, en casos de colisión? Tampoco. ¿Establecen los principios aquellos supuestos en los cuales hay que llevar acciones positivas para satisfacerlos, en qué grado y quiénes son los obligados a hacerlo en cada caso? Otra vez, la respuesta es negativa.³⁴

Aun así, el positivismo puede jactarse de que el objeto de estudio del derecho está dado por normas, principios, directrices y garantías que pueden identificarse empíricamente: todas ellas están consagradas en textos legales (o pueden inferirse de ellos, como los denominados “principios implícitos”).³⁵ Como puede intuirse de los problemas hasta aquí esbozados, la controversia no se funda tanto en identificar las formulaciones normativas como en determinar su sentido; en otras palabras, la gran mayoría de las discusiones jurídicas pasan menos por señalar lo que dijo el legislador (en principio, todos los operadores pueden leer) que por explicar lo que *quiso decir*. A esta tarea, que implica desarrollar el contenido de los enunciados de derecho (formulaciones normativas), la relación existente entre sí y la determinación de sus consecuencias normativas en casos concretos, se la llama interpretación. Aquí está el talón de Aquiles de la pretensión científicista del positivismo jurídico.

IV. La interpretación jurídica. Del formalismo jurídico al comportamiento estratégico

IV.A. El formalismo y el “misterio de la subsunción”

Desde el proceso de codificación en adelante, el formalismo jurídico ha asumido la función del juez como una actividad puramente mecánica de aplicación de la ley, a través de la “subsunción” de los hechos particulares del caso en las circunstancias relevantes consagradas por la norma.

34. Con mayor profundidad, Guibourg, Ricardo A., “El derecho ante el enfoque analítico”, en Ghirardi, Olsen A. (dir.), *Diez años*. Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007.

35. A los fines de este ensayo, ignoro deliberadamente la cuestión de si la costumbre puede tratarse de una fuente de derecho positiva o no.

Las “reglas” se aplican utilizando un mero silogismo, cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable, la premisa menor es la descripción del hecho que se juzga, y la conclusión, la solución del caso. El juez debe limitarse a reconocer la norma aplicable al caso bajo examen, prescindiendo de toda actividad creadora y absteniéndose de la utilización de cualquier tipo de elemento o material que no sea exclusivamente normativo. Beccaria llegó a calificar a la interpretación como un “mal”, constituido por “la fatal licencia de razonar, de la cual nacen arbitrariedades y venales controversias”.

“No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley. Esto es un dique roto al torrente de opiniones [...] Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en tiempos diferentes tiene uno distinto. El espíritu de la ley sería, pues, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de una buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre. De aquí que veamos cambiarse muchas veces la suerte de un ciudadano en su tránsito por diversos tribunales, y ser la vida de los desdichados víctimas de falsos raciocinios o del ocasional fermento de los humores de un juez, que toma por legítima interpretación el vago resultado de toda aquella confusa serie de nociones que se le agitan en la mente”.³⁶

Por ello, el formalismo asume que el ordenamiento positivo es completo y cerrado, es decir, allí se encuentran todas las soluciones posibles (inexistencia de lagunas normativas).

Los defectos de los lenguajes naturales ya examinados son purgados a través de términos técnicos. En nuestro medio, Soler sostenía que “... entre el concepto de hipoteca y el de triángulo existe la coincidencia de que ambos

36. Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, Buenos Aires, Hyspa, Libertador, 2005, pp. 25-27.

están constituidos por un número limitado de elementos puestos”.³⁷ De todos modos, se postula la existencia de un método adecuado para determinar el verdadero sentido de las normas, aplicado y reconocido a través de una simple operación intelectual. Aquí la discusión versa sobre cuál es el método en cuestión, destacándose la interpretación literal o gramatical, exegética o auténtica, sistemática, dinámica, teleológica, etc.

IV.B. Conflictos entre diversos métodos interpretativos

Más allá de todas estas ficciones –sobre las cuales volveré luego–, lo cierto es que los ordenamientos jurídicos no suelen tener expresamente consagrados métodos de interpretación y, aunque así lo fuese, las respuestas posibles seguirían siendo múltiples. Tomemos el caso del Código Civil y Comercial de Argentina: su artículo 2 establece que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Sin embargo, aquel cuerpo normativo carece de un meta-criterio que determine el orden en el cual hay que aplicarlos o que zanje cómo deben resolverse las contradicciones interpretativas a las cuales se llegaría aplicando distintos métodos. Claro que no se trata exclusivamente de un problema local.³⁸ Frente a esta incertidumbre, ¿qué método conviene adoptar y cuál es el fundamento de dicha elección? Una vez más, un criterio axiológico que no puede ser verificado empíricamente.

En el campo del derecho constitucional argentino, en base a un trabajo de Néstor Sagiús, Roberto Gargarella rastreó al menos quince métodos de interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema

37. Soler en Duquelsky Gómez, Diego J., “El rol del juez en una sociedad democrática”, en *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitoria*, v. 16, Nº 2, julio/diciembre 2015, pp. 128.

38. Igual de confuso, el artículo 3 del Código Civil español establece que “1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

de Justicia de la Nación, los cuales han sido utilizados indistintamente sin fundamento alguno, obteniendo soluciones contradictorias a partir de ellos. Entre la alquimia y el carnaval interpretativo,

“el riesgo que en última instancia enfrentamos es el de que –amparados en la amplia discrecionalidad que tienen para escoger criterios interpretativos, y la total ausencia de controles institucionales sobre dicho proceso de selección– los jueces *definan primero (de acuerdo a sus gustos personales, costumbres, o intereses) de qué modo quieren decidir el caso, y luego opten por un criterio o una serie de criterios interpretativos que, leídos de cierta manera, le permitan dar apoyo a la decisión que de antemano habían seleccionado como preferible*”.³⁹

No obstante ello, incluso si se postulara la primacía e imperio de un único método de interpretación, podrían existir de todos modos diversas soluciones al alcance del operador jurídico.⁴⁰ Resulta ilustrativo de ello las propias discusiones que se dieron en el seno de cada método, como el caso de la interpretación gramatical: ¿las operaciones interpretativas de un enunciado jurídico deben moverse en el marco de la asignación de sentido que sus términos reciben conforme a los usos sociales estables (reglas del lenguaje ordinario)? ¿O más bien, alternativa o acumulativamente, deben hacerlo en el marco representado por el conjunto de sentidos posibles de tales términos, reales o figurados, en uso o en desuso? Como se observa, estas dos opciones presuponen decantarse por el uso del lenguaje ordinario: ahora bien, ¿no podría asentarse la interpretación en el sentido jurídico de los términos de la ley, ya sea a partir de las propias definiciones legales o por conceptos dogmáticos extralegales?⁴¹ La potencial pluralidad de sentidos

39. Gargarella, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en *Jurisprudencia Argentina*. Lexis Nexis (2007-2), Fascículo II, 3-10.

40. En el mismo sentido, Gargarella, *op. cit.*, ejemplificando a partir de los criterios “historicista” y “dinámico”.

41. El problema es planteado por Silva Sánchez, Jesús-María, “La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas”, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá,

también se deriva de la interpretación exegética: ¿tenemos que atender a las motivaciones de cada uno de los legisladores cuyo voto dio lugar a la sanción de la norma, a las motivaciones de cada uno de los grupos políticos que votaron por la norma, o a las motivaciones del grupo político mayoritario? ¿Qué ocurre cuando no hay un único grupo político conformando la mayoría? ¿Y cuando hay un único grupo, qué ocurre cuando las motivaciones compatibles con la ideología partidaria son múltiples?⁴²

Kelsen, quien tampoco creía en la existencia de métodos adecuados para la determinación de una única solución correcta, advirtió y explicó claramente este problema. Frente a supuestos de indeterminación (ya sea en los elementos del hecho ilícito como a nivel de la sanción), la norma se ofrece como un marco abierto a varias posibilidades. Todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y si, en cambio, lo llena de alguna de todas las maneras posibles. La interpretación es la determinación del sentido de la norma, a saber, la comprobación de las diversas maneras posibles de colmar esa indeterminación. Desde el punto de vista jurídico, todas tienen igual valor (todas son científicas), más allá de la perspectiva moral/política/ideológica que adopte el operador para elegir una de esas alternativas. En sus propias palabras: “El derecho positivo no permite la elección de la solución ‘justa’ entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica”.⁴³ Así, se observa cómo la interpretación (dentro del marco de la norma) es un acto de voluntad (no de conocimiento) librado a la discrecionalidad del juez.

Por su parte, MacCormick⁴⁴ reconoció la considerable complejidad del argumento interpretativo en el derecho pues existen muchos tipos –destacando como sus tres principales categorías a los argumentos lingüísticos,

Montealegre Lynett/Caro John (eds.), Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 212 y ss.

42. Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), Estudios Jurídicos, 142, p. 43.

43. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2010, pp. 129-138.

44. MacCormick, Neil, “Argumentación e interpretación en el derecho”, en *Doxa*, N° 33, 2010, pp. 65-78.

sistemáticos y teleológicos/deontológicos–, cada uno de ellos capaz de generar interpretaciones diferentes a nivel intracategorico, e igualmente es posible que existan conflictos entre argumentos de distintas categorías. Por ello, el abordaje y resolución de estos conflictos interpretativos implica reflexionar más allá de los valores y principios que subyacen a cada una de las categorías de argumentos:

“Tras la interpretación lingüística yace el objetivo de preservar la claridad y la exactitud del lenguaje legislativo y el principio de justicia que prohíbe la reescritura judicial retrospectiva de las palabras del legislador; tras la interpretación sistémica está el principio de racionalidad fundado en el valor de la coherencia e integridad del sistema jurídico; tras la interpretación teleológica/deontológica está el respeto por la exigencia de la razón práctica de que la acción humana esté guiada por valores a alcanzar o por principios a observar”.

Más allá de que el autor sugirió otorgar mayor peso a los argumentos lingüísticos y sistémicos en el derecho –pues disminuyen el alcance de las disputas sobre los valores y principios gobernantes en el ámbito social, lo que constituye una importante razón justificativa para el mantenimiento de las instituciones jurídicas y otro tipo de instituciones sociales–, reconoció que la prelación sugerida es controversial “... dado que en sí mismos toman una posición argumentativa de tipo práctico sobre la forma correcta de entender, de justificar, y de usar las instituciones jurídicas e instituciones similares en las sociedades democráticas”. En efecto, la argumentación sobre el derecho no puede confinarse a una argumentación puramente interpretativa, sino que nos obliga a movernos en la esfera más amplia de la argumentación práctica.

“Debemos reflexionar sobre los valores y principios adecuados a las instituciones de las sociedades, los estados y las comunidades internacionales y supranacionales en las que habitamos. Necesitamos pensar sobre el significado del constitucionalismo o *Rechtstaatlichkeit*, la democracia, el principio de legalidad, la separación de poderes, la justicia procedimental, la equidad, los derechos humanos y la integridad de las instituciones estatales. Todo ello, junto a otras cuestiones, entra en juego cuando

buscamos una visión completamente explicada y justificada de la mejor aproximación a la interpretación jurídica en los casos problemáticos”.

Así, el profesor escocés concluyó que “... la teoría de la interpretación como tema intrínseco al estudio de la argumentación práctica nos conduce necesariamente a las aguas más profundas de la normativa constitucional y la teoría política; es decir, a la libre argumentación práctica aplicada a las instituciones políticas y jurídicas básicas”.

En estos términos, resulta claro que la elección entre diversas opciones interpretativas –al seno de un método específico y también entre diversos de ellos– no resulta una elección meramente “jurídica”, sino influida por opciones previas en materia ética, política e ideológica.

IV.C. El comportamiento de los jueces según Alf Ross y Duncan Kennedy

El juez está lejos de ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley.⁴⁵ Alf Ross explica que las decisiones de los jueces se encuentran condicionadas *de facto*, al menos, por estos elementos: (i) en cuanto a las creencias, no solo el conocimiento (generalmente imperfecto) de las normas jurídicas vigentes y de los hechos planteados en el caso, sino también de una serie de circunstancias de orden político, social y económico, que rodearon tanto la sanción de las normas jurídicas como la producción del hecho propuesto a examen del juez; (ii) en cuanto a las actitudes, la conciencia jurídica formal (el deseo de aplicar estrictamente las leyes sin ninguna otra consideración) compite casi siempre con la conciencia jurídica material, o sea con el deseo de llegar a una solución valorativamente aceptable.⁴⁶ Todas estas variables se ponen en juego al decidir los casos particulares.

45. La expresión le pertenece a Montesquieu y refleja de algún modo la pretensión de la burguesía triunfante en la Revolución Francesa, temerosa de la arbitrariedad judicial del antiguo régimen (al igual que las palabras de Beccaria ya recordadas). Tal pretensión no peca de ingenua sino de ideológica, en tanto los nuevos códigos que tendrían que aplicar aquellos jueces condensaban el ideario liberal-burgués de los juristas racionalistas.

46. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, en Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 297.

Duncan Kennedy, uno de los fundadores de los *critical legal studies* (CLS) norteamericanos, va un paso más allá y le da una vuelta de tuerca fenomenológica a las teorías de la interpretación jurídica comúnmente defendidas por el positivismo.⁴⁷

En primer lugar, destaca algunos elementos comunes en los planteos de Hart y Kelsen, como referentes clásicos de aquella escuela iusfilosófica con quienes discutirá. Como ya vimos anteriormente, apunta que ambos autores imaginan las normas sujetas a interpretación como un área o espacio que tiene dos partes. En Hart, existe un “núcleo de certeza” y una “zona de penumbra”, también llamada “margen de vaguedad” o “área de textura abierta”. Por su parte, Kelsen desarrolló la imagen de la norma como un “marco abierto a varias posibilidades”. Coinciden en que, finalmente, la determinación de una norma dada es una cuestión de grado que depende, entre otras circunstancias, de: (i) la manera en que fue formulada y el lenguaje empleado (los defectos de los lenguajes naturales); (ii) ciertas situaciones de hecho generadas a partir del desarrollo cultural, social, tecnológico o científico de las comunidades que tornan inciertos los supuestos de uso de un término.

En la “penumbra hartiana” o “dentro del marco kelseniano” –es decir, una vez verificadas las diversas maneras posibles de colmar la indeterminación normativa–, la decisión judicial se transforma en una cuestión de discreción, o de equilibrio de las consideraciones en conflicto (ponderación) o de creación de derecho. Ambos autores sostienen que no existe un método único e infalible para determinar el “verdadero sentido de la norma” en estos casos.

Sin embargo, para los casos que se ubican en el área de certeza o claramente fuera del marco de la norma, Kennedy afirma que tanto Hart como Kelsen hablan como si la cognición de un significado correcto de la solución normativa fuese automática y sencilla, suponiendo la buena fe del intérprete. En este punto y por mucho que quieran distanciarse del formalismo jurídico, Kennedy concluye que ambos autores positivistas se acercan a dicha teoría, solo que aquella postulaba la existencia una única solución correcta y

47. Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, pp. 27-84 y 85-104.

accesible a cualquier intérprete por una mera operación intelectual en todos los casos imaginables.

La primera crítica de los *critical legal studies* (CLS) es que el antiformalismo de Hart y Kelsen presupone el esquema de acuerdo con el cual todo caso se ubica o bien en el área de determinación o bien en la zona de penumbra o marco. Sin embargo, ninguno de ellos explica cómo es que la situación jurídica se encuadra en alguno de estos “espacios”. Es decir, qué operación lleva a cabo el intérprete para determinar este encuadre inicial, del cual dependerá si existe una respuesta correcta predeterminada normativamente o no. De algún modo, se pone de relieve la paradoja que encierra el viejo aforismo *in claris non fit interpretatio*: para determinar que una norma es (o no) clara, primero hay necesariamente que interpretarla.

La aproximación fenomenológica de Kennedy brinda una explicación de la determinación e indeterminación normativa: ella es influida por el “trabajo jurídico”, entendido como la transformación de una aprehensión inicial de lo que los materiales jurídicos del sistema exigen, realizado por un actor que persigue una meta o una visión de lo que aquellos deberían exigir. El trabajo jurídico es emprendido estratégicamente, ya sea que se dirija a núcleos o marcos, o a penumbras, conflictos y lagunas. Esta actividad es estratégica en tanto apunta a transformar una aprehensión inicial de lo que el sistema normativo exige, dados los hechos del caso, en una nueva aprehensión del sistema que también se aplique al caso concreto pero que se corresponda con las preferencias extrajurídicas del trabajador intérprete (otorgándole particular relevancia a su ideología). En pocas palabras, se introduce el “trabajo estratégico” como factor que media la cognición y la discreción del intérprete.

Lo radical del enfoque de los CLS es que cuestiona la idea de que la determinación e indeterminación normativa (cuya existencia contingente también afirman al igual que el positivismo) resulten “cualidades” o “atributos” inherentes a la norma, independientes del trabajo del intérprete. Dicho de otro modo, ponen entre paréntesis la pregunta “ontológica” de la naturaleza esencial y cognoscible de la norma, sin asumir un compromiso previo con una respuesta en uno u otro sentido al momento de emprender el trabajo estratégico.

Ahora bien, todo trabajo presupone un medio, algo que el trabajador moldea. En nuestro caso, Kennedy afirma que el intérprete busca, selecciona y utiliza los materiales jurídicos (todo el cuerpo de normas jurídicas válidas –ya

sean normas en sentido estricto, principios, garantías, precedentes judiciales, etc.—, la doctrina, el diccionario, las definiciones jurídico-técnicas) para convencer a un cierto tipo de audiencia (y a sí mismo) de que una aprehensión inicial de determinación o indeterminación normativa estaba equivocada. Sin embargo, no hay nada que garantice que esta empresa será exitosa. Ello, pues el trabajo no es ni pura cognición de derecho imperativo, ni mera discreción en la creación de derecho de acuerdo con una “preferencia legislativa” del intérprete. El trabajo estratégico pivotea entre estos dos extremos, se encuentra en el medio de ellos. Los materiales jurídicos restringen el trabajo, pero solo contra un esfuerzo para hacer que aquellos signifiquen una cosa u otra. El éxito estratégico contra una determinación o indeterminación inicial “obvia” es una función del tiempo, la estrategia y habilidades de quienquiera que tenga el poder de hacer una interpretación jurídica, y de los atributos “intrínsecos” u “objetivos” de la norma que uno está tratando de cambiar, tal como estos aparecen en el contexto de los hechos examinados.

Kennedy resume el comportamiento estratégico en la interpretación jurídica en tres tipos distintos de trabajo:

- (i) en primer lugar, intentar encontrar argumentos jurídicos que producirán el efecto de necesidad jurídica para un resultado concreto —esto es, para una norma aplicada a los hechos dados— diferente del resultado que al principio aparecía como obviamente exigido.
- (ii) en segundo lugar, tratar de que lo que aparentemente era una decisión judicial obviamente discrecional (ubicada en la penumbra o dentro del marco) parezca una decisión en la que, después de todo y contraintuitivamente, hay un resultado particular que es exigido por los materiales (es decir, el caso cae dentro del núcleo de certeza o se encuentra fuera del marco).
- (iii) en tercer lugar, intentar desplazar un resultado inicialmente exigido de manera obvia por el derecho por una percepción de la situación en la cual el intérprete está obligado a elegir entre alternativas jurídicamente permisibles (a saber, mover una solución del núcleo hacia la penumbra o interior del marco, permitiendo la discreción judicial).

En todos estos casos, el intérprete trabaja para crear o deshacer la determinación, más que simplemente para registrarla, dar cuenta de ella o vivirla como algo impuesto por la situación.

En este intento de desestabilización de una aprehensión inicial, el comportamiento estratégico se sustenta parcialmente en las preferencias extra-jurídicas del intérprete: así, Kennedy acudirá una y otra vez a la ideología –entendida como un “proyecto de universalización” de una *intelligentsia* que algunos ven como una mera racionalización de intereses de un grupo específico, pero cuyos adeptos defienden como provechosa para el interés general de todos–⁴⁸ como factor de gran relevancia en este trabajo. La interpretación, asúmase expresamente o no, siempre se encuentra permeada por la ideología. Así, existen tres posturas básicas: (i) el juez “activista”, que asume explícitamente esta interacción y emprende el trabajo estratégico de acuerdo a su propias preferencias legislativas; (ii) el juez que se asume “neutral” en términos ideológicos, porque alterna impredeciblemente entre las operaciones definidas por las ideologías en conflicto; (iii) el juez “centrista”, quien idea las soluciones normativas dándole algo a cada bando ideológico, pero nunca le otorga a ninguno de ellos todo lo que demanda.

V. Los principios, su distinción con las reglas y la ponderación

V.A. Presentación del problema

La caracterización de los principios, su distinción con las reglas y la ponderación como su método específico de empleo han sido temas reiteradamente abordados por la teoría general del derecho contemporánea.

Así, se ha asociado a los principios un conjunto amplio de rasgos: “la generalidad, la indeterminación (elasticidad, indefinición, vaguedad), la fundamentalidad, la alta jerarquía, el carácter reformulatorio respecto de normas del sistema, la vinculación a la idea del derecho, lo explícito de su contenido valorativo, la ubicuidad o la validez general, la dificultad de su conocimiento seguro, etc.”.⁴⁹

48. Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, p. 28. Como se observa, Kennedy libera al concepto de ideología de su carga napoleónica.

49. García Figueroa en Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, p. 357.

La dicotomía entre los principios y reglas ha suscitado tres posturas distintas: (i) la teoría de la separación fuerte, que sostiene que existen diferencias cualitativas entre unos y otras; (ii) la tesis de la separación débil, que estima la distinción como una diferencia de grado, de carácter cuantitativo; (iii) la tesis de la conformidad, para la cual no habría diferencia alguna entre principios y reglas.⁵⁰

Robert Alexy –partidario de la tesis de la separación fuerte– ha definido a los principios como “mandatos de optimización”, los cuales no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que disponen “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, por lo que son susceptibles de “ser cumplidos en diferente grado”. El ámbito de las posibilidades jurídicas “es determinado por los principios y reglas opuestos”.⁵¹

Según Atienza y Ruiz Manero, el elemento distintivo entre reglas y principios (en sentido estricto) se sitúa básicamente en el antecedente (condiciones de aplicación o caso) de ambos tipos de normas: en las primeras está integrado por un conjunto de propiedades definidas, es decir, se configura de forma cerrada; mientras que en los segundos el antecedente se configura de modo abierto, no contiene otra cosa sino que se dé una oportunidad de realizar la acción modalizada deónticamente en el consecuente. Ahora bien, esta modalización deóntica no pretende, como en el caso de las reglas, ser concluyente, sino meramente *prima facie*,

“... por la simple razón de que en muchas ocasiones en que se da la oportunidad de realizar la acción ordenada por un cierto principio, se da también la oportunidad de realizar la acción, incompatible con la anterior, ordenada por otro principio [...] Los principios no posibilitan, a diferencia de las reglas, eludir la deliberación sobre las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por cada uno de ellos frente a las razones en

50. García Figueroa en Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, p. 358. A su vez, con mayor profundidad, Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Didot, 2016, pp. 195-222.

51. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87.

pro o en contra de realizar la acción ordenada por otro principio concurrente”.⁵²

Por este motivo, como se adelantó, los métodos de solución de conflictos entre normas no son aplicables a los principios y aquí se postula la ponderación como la operación idónea para resolver colisiones de principios, operación que “... desemboca en la formulación de una regla que establece, dadas ciertas circunstancias genéricas, la prevalencia de uno de los principios sobre el otro, es decir, que, dadas esas circunstancias genéricas, debe ser *concluyentemente* lo ordenado por alguno de los principios en concurrencia...”.⁵³ Estas reglas obtenidas como resultado del proceso ponderativo valen en tanto un nuevo caso individual no presente una propiedad adicional, no contemplada en la regla resultante originariamente, lo suficientemente relevante como para exigir una operación de *distinguishing*, cuyo resultado sería una nueva regla “más fina” que la anterior.⁵⁴

V.B. El modelo de la ponderación según Alexy

Pues bien, existe consenso en punto a que Alexy fue el primer autor que desarrolló con profundidad la estructura de la ponderación, como modelo descriptivo y normativo de lo que los tribunales alemanes empezaron a aplicar a partir de la tradicional doctrina de la “prohibición de exceso”.⁵⁵ Como tal, su modelo consta de tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

De acuerdo a la ley de la ponderación, “... la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”, lo que ya pone de manifiesto que “...

52. Manero, Juan Ruiz, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, ‘soluciones en abstracto’ y ‘ponderaciones equitativas’”, en *Doxa*, N° 35, 2012, pp. 821-823 y sus notas al pie.

53. Manero, Juan Ruiz, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, ‘soluciones en abstracto’ y ‘ponderaciones equitativas’”, en *Doxa*, N° 35, 2012, p. 823.

54. *Ibidem*.

55. Montealegre en Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, p. 356.

el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”.⁵⁶ Esta ley se desarrolla en tres pasos: “1. El establecimiento del grado de afectación de principios en un determinado caso, 2. el establecimiento de la necesidad de satisfacer la importancia del segundo principio, que juega en sentido contrario al primero, y 3. la determinación de si la importancia del segundo principio justifica el detrimento o no satisfacción del primero”.⁵⁷

A su vez, la ley de la ponderación –en concreto, su tercera etapa– “... se concreta mediante tres variables que conforman la fórmula del peso, que van a justificar la preferencia del primer principio respecto al segundo: 1. el grado de afectación de los principios en el caso, 2. el peso abstracto de cada principio en juego, 3. la seguridad de las afirmaciones empíricas”.⁵⁸

“Con el fin de comprender el grado de afectación y de importancia, Alexy establece varias escalas triádicas: por un lado, las calificaciones de ‘leve, medio e intenso’ para la posible afectación de los principios y su peso abstracto y las de ‘no evidentemente falsas, plausibles y seguras’ en lo referente a la seguridad de las afirmaciones empíricas. De igual modo, considera que, como instrumento heurístico, tales escalas pueden ser representadas aritméticamente como 1, 2, 4. Esta formulación, advierte Alexy, no hay que tomarla al pie de la letra, sino más bien como una analogía ‘instructiva’...”.⁵⁹

Finalmente, el tercer y último elemento de la estructura de la ponderación, las cargas de argumentación, operan cuando existe un “empate” entre los pesos de los principios en conflicto, es decir, cuando los valores resultantes de la aplicación de la fórmula del peso son idénticos. Estas cargas de

56. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161.

57. Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, p. 364-365.

58. *Ibidem*.

59. *Ibidem*. Con mayor profundidad, Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, pp. 227-230.

argumentación o fórmulas de desempate han variado en la obra de Alexy: en la *Teoría de los derechos fundamentales* defendió la existencia de una carga argumentativa en favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica (*in dubio pro libertate*); varios años luego, en el “Epílogo” a la anterior obra citada, se inclinó por una carga de argumentación diferente que prioriza el principio democrático en que se funda la competencia del Parlamento, es decir, que los empates juegan a favor del acto que se enjuicia (*in dubio pro legislatore*).⁶⁰

V.C. Las críticas al modelo de la ponderación según Alexy

Esbozado sucintamente el modelo desarrollado por Alexy, ahora se desarrollarán las diversas críticas que se le han esgrimido.

a) No existe un criterio racional y objetivo para determinar los factores que inciden en la fórmula del peso, a saber: el peso abstracto de los principios involucrados, su grado de afectación en el caso concreto y la seguridad de las premisas relativas a la afectación.

En lo que concierne a la primera objeción, se ha apuntado que el peso abstracto es una variable muy singular que “... remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, de Estado y de Justicia”.⁶¹ Por esta razón, la utilización de escalas triádicas en este paso presenta límites de racionalidad en tanto depara amplios márgenes de subjetividad al intérprete.⁶² Con acierto, Guibourg apuntó que los principios

“... no son elementos materiales y su valor individual en comparación con el de otros no es evidente a la percepción material [...]

60. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, pp. 230-232.

61. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, p. 235.

62. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, pp. 235-236.

Sin embargo, no propone método alguno para adquirir el conocimiento de tales pesos abstractos. La fuente principal de la racionalidad práctica, según Alexy, es el discurso racional. Pero, al mismo tiempo, se describe el discurso racional como una especie de continente para el intercambio de buenos argumentos y se afirma que, si pueden esgrimirse buenos argumentos a favor y en contra de una misma solución, cualquier decisión sería objetiva”.⁶³

Moreso también ha afirmado que construir una escala abstracta de ordenación de los derechos fundamentales no parece posible ni deseable.⁶⁴ Esta última objeción resulta especialmente acertada en el marco de nuestras sociedades pluralistas, multiculturales y posmodernas.

En cuanto al segundo problema, Bernal Pulido destaca que allí inciden premisas de tipo fáctico, analítico y normativo extremadamente inciertas, dudas que solo pueden ser resueltas por el operador jurídico –principalmente, el juez– “... después de adoptar una postura material e ideológica”.⁶⁵ En la misma línea desarrollada en la primera objeción, Guibourg destacó que tampoco existe un método confiable y racional para encontrar la cantidad objetiva de la interferencia requerida en los “pesos concretos” de los principios. Del mismo modo, Moreso ha señalado que la utilización de escalas triádicas para medir la afectación de los derechos resulta una metáfora pues en esta materia no disponemos de conceptos métricos ni comparativos.⁶⁶

Por último, con relación a los límites de racionalidad que aparecen al intentar establecer la certeza de las premisas empíricas relativas a la afectación de los principios, Bernal Pulido ha destacado que “... desde el punto de vista empírico, la afectación de un principio depende de la mayor o menor eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la intervención que

63. Guibourg, Ricardo, “Alexy y su fórmula del peso”, en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 157-187.

64. Moreso en Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, pp. 368-369.

65. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, pp. 232-234.

66. Moreso en Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, pp. 368-369.

en él implique la medida enjuiciada en la ponderación”, complejidad que aumenta al combinar las variables, a lo que debe sumarse los límites en los conocimientos empíricos del intérprete.⁶⁷

b) La contradicción entre las diversas cargas de argumentación propuestas por Alexy también reflejan un claro límite a la racionalidad de la ponderación, que en este punto queda a merced de la postura ideológica del juez.⁶⁸

c) Incluso si se lo considerase correcto, la ponderación resultaría siempre un método “ad hoc” dado que, según Alexy, esta operación siempre se refiere a un caso individual. El hecho de que una característica individual conlleve una solución distinta de la ya tomada anteriormente y que en cada nueva ocasión haya que ponderar implica decantarse por un modelo particularista, en lugar de uno generalista. Moreso reflejó de este modo la potencial objeción particularista:

“... dado que las circunstancias están descritas mediante propiedades, y las propiedades de los casos individuales son potencialmente infinitas, es posible repetir esta operación hasta el infinito, mostrando que las colisiones entre principios no son eliminables y que, por lo tanto, el razonamiento moral no está sujeto a la racionalidad subsuntiva. Tampoco conseguimos huir del desafío del particularismo si reformulamos los principios diciendo que, e.g., se reconoce la libertad de información siempre que no colisione con otros principios que, en las circunstancias del caso, tienen precedencia frente a él. No lo conseguimos porque si reformulamos así todos los principios solamente hacemos explícita la cláusula *ceteris paribus*, que hace explícita la intuición de que dichos principios establecen sólo derechos y deberes *prima facie*”.⁶⁹

67. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, pp. 236-237.

68. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, p. 237.

69. En lo sucesivo, Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell Sánchez, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2003, pp. 99-122.

V.D. *¿Modelos alternativos más racionales?*

En un intento de huir del escepticismo y el particularismo en materia de ponderación, Moreso concibió un modelo alternativo que conlleva "... una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes". La clave radica en explicitar las condiciones de aplicación de los diversos principios involucrados de manera que el conflicto sea evitado (es decir, suprimiendo el carácter *prima facie* de su aplicabilidad), reduciendo la ponderación a un tipo de subsunción.

A tal efecto, utilizando el aparato conceptual de *Sistemas normativos* (obra que será abordada en el siguiente apartado), Moreso desarrolla los siguientes pasos.

- 1) En primer lugar, debe delimitarse claramente el "Universo del discurso", de modo de acotar de forma explícita el ámbito del problema jurídico a tratar.
- 2) Luego, se determinan los diversos principios que regulen tal situación, es decir, los principios concurrentes en el potencial conflicto.
- 3) Una vez establecidos tales principios, deben reconstruirse "... de manera de establecer una jerarquía condicionada entre ellos y que sea susceptible de universalización consistente, es decir, que no produzca conflictos en otros niveles". A tal fin, al igual que en las reglas, debemos aislar las propiedades relevantes seleccionando los casos paradigmáticos –reales o hipotéticos– que restringen el ámbito de las reconstrucciones admisibles. Resultan inadmisibles aquellas reconstrucciones que no den cuenta de nuestras "sólidas intuiciones". "Los juicios de valor que el intérprete realiza están constreñidos y no cualquier solución es accesible al intérprete: los casos paradigmáticos delimitan, por así decirlo, el ámbito de elegibilidad de las soluciones".
- 4) Finalmente, deben formularse las reglas que resuelvan de forma única todos los casos del "Universo del discurso" previamente acotado (paso 1). De este modo, se solucionan de forma consistente y completa todos los casos posibles de dicho universo. "No hay más deberes derrotables, los deberes que surgen de la reformulación, de la explicitación de las asunciones implícitas, de los principios en conflicto, dan lugar a un sistema normativo de pautas condicionales pero inderrotables, que permite subsumir los casos individuales en algunos de los casos genéricos disponibles".

Descripto este modelo subsuntivo alternativo, encuentro una objeción metodológica al modo en el cual se transforman los principios y sus asunciones implícitas (paso 3): no existe un método intersubjetivo racional para identificar la tesis de relevancia adecuada para aislar los casos paradigmáticos y propiedades relevantes. En efecto, una y otra vez el límite es impuesto al intérprete por nuestras “sólidas intuiciones”.

“... tampoco es necesario asumir que carecemos absolutamente de criterios para establecer la jerarquía, *dadas determinadas circunstancias* [...] Aquellas reconstrucciones de estos derechos que no den cuenta de estas sólidas intuiciones, pueden considerarse reconstrucciones *inadmisibles*. La admisibilidad de una reconstrucción depende, entonces, de su capacidad de dar cuenta de los *casos paradigmáticos*. Las dudas sobre cómo ordenar los principios en casos de conflicto ocurren en un trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual *intuitivamente* acordamos en la solución de tales conflictos para determinados casos que, de alguna manera, son obvios para nosotros”.

Por las razones ya expuestas en los apartados II y III.a, la “intuición” no puede ser un método para construir conocimiento jurídico de carácter científico. Y esta es la única herramienta ofrecida por el autor para purgar el “subjetivismo radical”.

V.E. Otro problema involucrado en los sistemas normativos contemporáneos: la derrotabilidad

Finalmente, cabe mencionar que la coexistencia de normas (en sentido estricto), directrices y principios ha dado origen a un nuevo problema interpretativo: la coherencia entre todas estas normas y la llamada “derrotabilidad de las normas jurídicas” por principios –no solo explícitos, sino también implícitos–.⁷⁰ Nuevamente, otro nivel de más complejidad e incertidumbre.

70. Nuevamente, véase Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Didot, 2016, p. 297 y ss.

VI. La labor creativa de la doctrina y de sus teorías jurídicas

Hasta aquí el rol del juez como intérprete. Ahora bien: ¿cuál es la misión del jurista frente a las distintas complejidades que plantea la descripción de los sistemas normativos?

Alchourrón y Bulygin desarrollaron un sofisticado modelo de ciencia jurídica que pretende ser exclusivamente descriptivo.⁷¹ En efecto, para los autores la interpretación es la determinación de las consecuencias normativas de un conjunto de enunciados de derecho para un problema o materia determinada, y ellos propusieron hacerlo como un sistema deductivo axiomático. Así, los elementos de la tarea sistematizadora del derecho son los siguientes: (i) un problema o conjunto de problemas (materia), cuya regulación normativa interesa al jurista; (ii) un conjunto de enunciados de derecho que regula la materia en cuestión; y (iii) un conjunto de reglas de inferencia que el jurista usa para la derivación de las consecuencias.

“Los tres elementos mencionados (la materia, los enunciados de la base y las reglas de inferencia) determinan el contenido del sistema, y la labor del científico consiste en formularlo explícitamente y, a lo más, en reorganizarlo. (Esto refleja la idea de que la ciencia no ‘crea’, sino sólo conoce o describe el derecho)”.⁷²

Así, trazan una línea divisoria entre dos tareas u operaciones diferentes que desarrolla la ciencia jurídica: en primer lugar, la identificación de los enunciados que constituirán la base axiomática del sistema normativo, lo que conlleva ciertos problemas empíricos; y, luego, el despliegue de las operaciones lógicas propias de la sistematización de los enunciados del derecho previamente seleccionados.

Si bien la elección de la materia es arbitraria en el sentido de que depende enteramente del interés del jurista, según los autores la selección de

71. Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción de la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017; especialmente, pp. 103-140.

72. Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción de la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 109.

los enunciados que han de integrar la base no lo es, pues está determinada por dos factores: los enunciados de la base deben ser enunciados de derecho válidos y la base debe contener todos los enunciados que tengan consecuencias normativas para la materia elegida. Ahora bien, Alchourrón y Bulygin reconocen que el problema de seleccionar todos los enunciados relevantes para la materia varía según las distintas fuentes del derecho, con lo cual aquí se reproducen los problemas analizados al momento de determinar el objeto de estudio de la disciplina jurídica (apartado III).

En una segunda etapa, la sistematización implica derivar las consecuencias normativas de la base utilizando reglas de inferencia –los autores se valen de la lógica deóntica–, lo que permite mostrar los defectos lógicos que el sistema normativo pueda tener, como tales, errores relacionales y contingentes a un determinado sistema. Dichos problemas son: (i) las “lagunas normativas”, que atañen a la completitud del sistema, en tanto puede existir una combinación de condiciones relevantes a la que ninguna norma del sistema asigne una solución determinada; (ii) las “contradicciones o inconsistencias”, que guardan relación con la coherencia del sistema, las cuales se dan cuando un sistema normativo asigna a un mismo caso dos soluciones deónticamente incompatibles entre sí; (iii) por último, las “redundancias”, supuesto que se verifica cuando más de una norma de un sistema normativo correlaciona a un mismo caso soluciones coincidentes. Luego de formular o presentar las consecuencias normativas del sistema, la tarea última del jurista solo puede ceñirse al reemplazo de la base original axiomática por una más económica pero equivalente a ella, es decir, la reformulación del sistema debe limitarse a la enunciación de principios jurídicos que sean lo más generales posibles (eliminando el casuismo y las redundancias) siempre que tengan las mismas consecuencias lógicas que los enunciados de derecho que reemplazan.

¿Qué debe hacer el jurista respecto de las lagunas normativas y contradicciones detectadas en el sistema normativo estudiado, según Alchourrón y Bulygin? Estos defectos afectan al sistema mismo, en el sentido de que su eliminación requiere una modificación del sistema. “En otras palabras: si un sistema tiene lagunas o incoherencias, la única manera de eliminarlas es la construcción de un nuevo sistema, distinto del anterior”;⁷³ tarea que de

73. Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción de la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 120.

acuerdo a los autores compete exclusivamente al legislador. A lo sumo, el jurista puede formular sugerencias para la eliminación de estos problemas lógicos.

Su propuesta, en cuanto pretende delinear una ciencia jurídica puramente descriptiva, tiene tres puntos débiles. En primer lugar, en los sistemas jurídicos actuales en los cuales reinan los principios y garantías, el operador jurídico goza de mayor discrecionalidad al momento de seleccionar los enunciados de derecho que compondrán la base axiomática del sistema normativo. Esa selección no puede ser objeto de examen y crítica empírica, cuestión que los propios autores reconocen.⁷⁴ En segundo lugar, para derivar las consecuencias normativas de los enunciados de derecho hay que interpretarlos, con toda la discrecionalidad e incertidumbre que ello acarrea, como ya vimos. Finalmente, en el caso concreto de los principios, la construcción de su estructura lógica también supone ciertas complejidades adicionales. Tal como explica Alonso:

“Muchos jusfilósofos sostienen que la estructura lógica de los principios guarda cierta analogía con la estructura lógica de las normas condicionales. Alexy, Atienza y Ruiz Manero, Alchourrón y Bulygin, por ejemplo. Hay otros jusfilósofos que sostienen que la estructura lógica de los principios debería reconstruirse mediante esquemas de lógica de preferencias u otras estructuras de tipo semántico, pero, por cierto, no son los más numerosos. Incluso hay quienes rechazan el delinear alguna estructura lógica de los principios, sosteniendo que a los principios no se les aplica la lógica deductiva, sino que se aplican argumentativamente [...]

Quienes sostienen la analogía estructural de los principios con las normas condicionales suelen sostener, también, que los principios son una versión ‘debilitada’ de las normas. Las opciones son tres:

74. En una nota al pie, Alchourrón y Bulygin expresan que “... como el derecho se formula en lenguaje ordinario, las inferencias de los juristas rara vez son rigurosamente formales y la cuestión de saber si un determinado enunciado tiene o no tales consecuencias y si ha de figurar, por lo tanto, en la base, no puede resolverse a veces por medios puramente racionales. En esas situaciones todo lo que puede hacer el científico, en cuanto tal, es señalar las posibles alternativas y las consecuencias de cada una de ellas, dejando a la decisión de las autoridades competentes la elección de una u otra” (*op. cit.*, p. 116, n. 14).

i) debilitar el antecedente, ii) debilitar el consecuente y, iii) debilitar la conectiva que los une. Atienza y Ruiz Manero son un ejemplo de la opción i), Alexy de la opción ii) y Alchourrón de la opción iii) y i)".⁷⁵

El problema del empleo de condicionales con conectivas debilitadas estriba en la pérdida de capacidad inferencial, en tanto dicha conectiva no satisface la ley de refuerzo del antecedente y el *modus ponens* deóntico, de modo tal que no sirve para justificar deductivamente ninguna decisión práctica.⁷⁶

Otras posibilidades serían considerar a los principios como condicionales derrotables incorporando una función de revisión en el antecedente, como postuló luego el propio Alchourrón (lo que invita a preguntarse si esto no implica nuevamente una forma de particularismo jurídico) o, finalmente, verificar si es posible reconstruir la estructura lógica de los principios sin guardar analogía con aquella de las normas condicionales (por ejemplo, una estructura de tipo lógica de preferencias, la cual es utilizada por Alonso para inferir "principios implícitos").⁷⁷

Dejando a un lado los primeros dos problemas empíricos vinculados a la selección de las normas (en sentido lato) propias de la base axiomática, la poco certera formalización de los principios jurídicos demuestra que pensar el derecho contemporáneo en clave de ciencia formal tiene una aplicación incierta y un rendimiento práctico limitado.

Sin embargo, queda claro que Alchourrón y Bulygin no desconocen los defectos e imprecisiones de los sistemas normativos. En la práctica jurídica cotidiana, la abstención que los autores proponen a nivel del jurista (a saber, la imposibilidad de modificación del sistema normativo) es insostenible respecto de los jueces, quienes están obligados a fallar en todos los casos

75. Alonso, Juan Pablo, "La clasificación cuatripartita de las normas jurídicas de Ferrajoli" y "La estructura lógica de los principios de Robert Alexy. Un análisis crítico", ambos disponibles en la web.

76. Alchourrón en Alonso, "La clasificación cuatripartita de las normas jurídicas de Ferrajoli".

77. *Ibidem*.

sometidos a su examen. Veamos algunas de las justificaciones que se han dado para tornar operativo el derecho en el día a día.

A fin de colmar los defectos de los órdenes normativos, y aun así continuar profesando una fe ciega en las normas positivas, el formalismo desarrolló la figura (dogmática) del legislador racional; construcción que tuvo impacto no solo a nivel doctrinario –con el desarrollo de la dogmática jurídica– sino también en el campo jurisprudencial.⁷⁸ Así, se atribuyeron al legislador ciertas propiedades que están muy lejos de caracterizar a los legisladores reales: se habla del legislador como si fuera un único individuo, imperecedero, consciente, omnisciente, operativo, justo, coherente, omnicomprendido y preciso. ¿Cuál es la función de este modelo ficticio que, obviamente, no se asume como tal? Nino lo explica claramente: al presuponer la racionalidad del legislador,

“... los juristas dogmáticos pueden atribuirle las soluciones propuestas por ellos para adecuar el derecho a ciertos *standards* axiológicos vigentes, cerrar sus lagunas, eliminar sus contradicciones, precisar sus términos vagos, prescindir de las normas superfluas, etcétera, sin que aparezcan como una modificación del orden jurídico positivo, sino como si se tratara de una descripción del derecho vigente tal como genuinamente debió haber sido pensado por el legislador”.⁷⁹ De este modo, se introducen una serie de reglas que sirven de guía para la interpretación de la ley y que podrían inferirse de las propiedades de las cuales un derecho originado en un legislador racional debería estar dotado.⁸⁰

Por lo general, los juristas trasponen los límites de la “labor científica”, de acuerdo a los parámetros establecidos por Alchourrón

78. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha sostenido en reiteradas ocasiones que “...la inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador y por esto se reconoce como un principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto” (Fallos 297:142, 300:1080, 301:460, 315:6228, entre muchos otros).

79. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 329.

80. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 328-333.

y Bulygin. Ello se produce a través del desarrollo de “teorías dogmáticas”,⁸¹ que se presentan como descriptivas de algún aspecto importante de la realidad social o del estatus ontológico de alguna institución o concepto. De este modo, aparece como si su aceptación o rechazo dependiera de su verdad o falsedad empírica o trascendente (nuevamente, véase el caso de Welzel). Sin embargo y aunque no siempre resulte evidente, las teorías dogmáticas están constituidas por enunciados de índole normativa, según lo ponen de manifiesto las funciones que cumplen dichas teorías. Por un lado, las teorías de la dogmática jurídica sirven para justificar normas legisladas que se infieren de aquellas (es decir, se construyen a modo de principios generales que no alterarían la base axiomática de los sistemas normativos). Sin embargo, las teorías también cumplen la función mucho más importante de facilitar la inferencia de nuevas normas no pertenecientes al derecho legislado. Esta capacidad ambivalente de las teorías dogmáticas, de permitir derivar tanto normas pertenecientes al sistema legislado como nuevas normas a partir de los principios y criterios esbozados por aquellas, “... fundamenta su enorme utilidad para la creación del derecho por parte de los juristas bajo el ropaje de una explicación del derecho positivo o de la realidad que lo circunda”.⁸² El grave defecto de estas metodologías es que en ellas “... no tiene lugar la evaluación de las posibles consecuencias sociales, económicas, etcétera, de las soluciones jurídicas, ni tampoco su estimación valorativa”.⁸³

El ejemplo paradigmático de aquellas es la “teoría del delito”: en los países del sistema continental europeo se discute hace más de un siglo sobre los presupuestos y categorías que configuran el “delito” (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad), con un nivel de sofisticación y desarrollo tan avanzado

81. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 333-338.

82. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 334.

83. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 338.

que las controversias se dan siempre en el marco de los propios conceptos desarrollados por la teoría, y pocas veces en torno a las disposiciones legales concretas.

El derecho como disciplina presenta otra complejidad, vinculada al desarrollo de las teorías explicadas anteriormente: la “ciencia jurídica” se transforma a su vez en su propio objeto de estudio. Los tribunales acuden en múltiples ocasiones a la opinión y teorías de doctrinarios para fundar sus decisiones, muchas veces, hasta prescindiendo del sentido literal de las palabras de la ley (ciertamente, de aquí se deriva en parte la fuerza del realismo jurídico). “La ciencia jurídica se convierte frecuentemente por su influencia en los repartidores en fuente de normas y en componente de su propio objeto”.⁸⁴

“El carácter autorreferencial del derecho hace que –a diferencia de, por ejemplo, el estudio científico de la historia– sea imposible una división exacta entre la realidad observada en las fuentes y los textos especializados resultantes de su abordaje científico. Más bien, todo nuevo texto sobre el derecho vigente se convierte, con su publicación, en parte del material que trata, y por eso, por su mera existencia, modifica el material con respecto al cual los futuros intérpretes deben justificar sus interpretaciones. En esa medida ‘la ciencia del derecho no solo describe su objeto, más bien también lo modifica en tanto que lo describe’”.⁸⁵

En cierto punto, ello es entendible en función de la ineludible labor integradora y creativa del intérprete/jurista. Sin embargo, en mi opinión esta inevitable particularidad tiene un efecto nocivo: es campo fértil para los argumentos de autoridad y tiende a cristalizar los dogmatismos doctrinarios. Muchas veces los autores e incluso los tribunales sucumben a esta tentación: si la solución del caso jurídico se integra con el criterio propio, el “derecho” es mi opinión (y no otra distinta o contraria). Como se pregunta

84. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, N° 2/3, p. 106.

85. Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. 39-45.

Pawlik, ¿qué dogmático no considera un éxito el que la *praxis* acepte sus propuestas de resolución? Ciertamente, el problema no viene dado por la integración de las preferencias, valoraciones, convicciones, horizontes de sentido e ideología del operador en su interpretación jurídica: no constituyen un “error” ni tampoco el operador jurídico podría desentenderse de estos condicionantes. Como veremos en el próximo apartado, el problema es otorgarle a estos condicionantes un estatuto epistemológico superior a aquellos distintos de los propios.

VII. Ética y epistemología: ¿podemos afirmar verdades morales?

El análisis precedente arroja una conclusión que, en lo personal, no puedo sortear de modo alguno: el fenómeno normativo se encuentra integrado por una ineludible dimensión valorativa. Intentar impedir el ingreso del discurso ético en el campo jurídico es tratar de agarrar el agua con las manos. Negarlo es una opción cínica que encubre las preferencias axiológicas e ideológicas del intérprete bajo ropajes descriptivistas o trascendentes, o implica un conocimiento ingenuo de los sistemas normativos. La selección de enunciados de derecho relevantes para un caso, su interpretación y correlación, la creación de teorías y sistemas normativos, todo ello, reposa en última instancia en actos de voluntad y preferencias valorativas.

Volvamos al primer problema planteado: ¿cómo demostramos que “lo jurídico” tiene entidad empírica y verificable? ¿De qué manera volvemos asequible a nuestra “ciencia” esta dimensión axiológica?

No pretendo aquí desarrollar completamente las distintas posiciones existentes en materia de metaética.⁸⁶ Sin embargo, sí expondré brevemente

86. La metaética (también llamada ética analítica) procura determinar si existen procedimientos racionales de justificación de la validez de los juicios de valor, de modo tal que aquella demostración resulte asequible a cualquier persona. En otras palabras, analiza el tipo de significado que caracteriza a los términos éticos (tales como “bueno”, “malo”, “justo”, “incorrecto”). En definitiva, la posibilidad de justificar racionalmente los razonamientos éticos depende de qué clase de juicios son ellos y qué significado tienen las expresiones que se usan generalmente para formularlos. Con mayor profundidad, Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, 2ª ed., Madrid, Alianza Universidad, 1980.

te mi opinión al respecto. Como sostiene Mackie,⁸⁷ es el realismo moral (tesis que abraza el descriptivismo ético) el que tiene la carga de probar que dentro de la estructura del mundo existen algo así como entidades, propiedades o relaciones, llamadas “valores” (cuestión metafísica) pero, además, debe esclarecer cuál es la facultad del conocimiento que llevaría a tal comprobación objetiva (cuestión epistemológica). En el plano metaético, no encuentro respuestas convincentes o sólidas para afirmar la existencia de hechos morales, que puedan ser aseguibles con algún grado de certeza y precisión, y de los cuales podamos predicar su verdad o falsedad. Otra respuesta posible que se ensayó en el mismo sentido se asentó en la debilidad epistemológica del descriptivismo ético: Guibourg se pliega al no descriptivismo pues concluye que en el discurso moral no están dadas las condiciones epistemológicas necesarias para un uso consistente del concepto de verdad:

“... es claro que los juicios éticos no son verdaderos ni falsos, ya que los criterios generales de aceptabilidad según los cuales ellos suelen aceptarse están muy lejos de ser incontrovertidos: aun cuando algunas o muchas personas coincidan fuertemente en un conjunto de criterios, muchas otras emplean criterios diferentes...”⁸⁸

¿Ello implica que en la discusión jurídica “valga todo”? Claro que no, el hecho de que se niegue la existencia de verdades morales no nos hace caer en la anarquía o el solipsismo ético. El “no descriptivismo ético” contiene una dosis de escepticismo que es perfectamente compatible –en el nivel de la ética normativa– con los valores democráticos: cuanto más realista se es en el plano moral, menos incentivos se tienen para ser tolerante con los “otros”, los “disidentes”, los “enemigos”. Algo similar le sucedió a Kelsen cuando trató infructuosamente de definir qué era la justicia: convencido de que se trataba de una empresa imposible, postuló la filosofía relativista de

87. Mackie, John. *Ética. La invención del bien y del mal*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 17-55.

88. Guibourg, Ricardo A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Buenos Aires, Colihue, 2006, p. 136.

la justicia y dentro de ella el principio fundamental ético de la tolerancia, compatible con el diálogo en las sociedades democráticas.⁸⁹

El derecho posmoderno –incompatible con todo discurso de autoridad que procure monopolizar la verdad ética, jurídica, política e ideológica– obtiene su legitimidad del estricto respeto al “procedimiento equitativo de discusión”. Como explica Ost,

“... sea cual fuere el contenido material de las soluciones que impone, el Derecho es ante todo un procedimiento de discusión pública razonable, un modo de solución de conflictos equitativo y contradictorio. Desde que nuestras sociedades se representan como autoconstituyentes y ya no buscan en alguna garantía meta-social el modelo a seguir, desde el momento en que nuestras reglas, incluso las más fundamentales, se muestran convencionales, la primera garantía de legitimidad reside en el respeto a las condiciones de la discusión sin coacción. Este respeto a las formas, a los plazos, a los procedimientos es realmente esencial y consubstancial al Derecho. Tiene el doble mérito de descalificar a la vez a la violencia que intentaría imponer su punto de vista por la fuerza y la buena consciencia mayoritaria que arriesga todo por imponer sus opiniones en nombre del pretendido consenso. El procedimiento jurídico, parlamentario y judicial, traza (en sentido propio y también figurado) el espacio de la controversia, ella asegura la puesta en escena o la formulación de la contestación, de la disidencia, de la defensa. Vuelve visible la división social y propone las vías argumentativas para hacerla negociable. Tal es, seguramente, el mérito esencial y la radical originalidad de la democracia. Tal es también la virtud de la intervención del juez en el conflicto. Más que el mérito intrínseco de la decisión que sería llevado a tomar, es la interposición que opera en el corazón de una relación de fuerza lo que constituye su legitimidad”.⁹⁰

89. Kelsen, Hans, “¿Qué es la justicia?”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44074.pdf>.

90. Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, N° 14, 1993, p. 190.

La legitimidad procedimental, a su vez, encuentra un nexo de necesidad con algunos derechos fundamentales. No se trata de un juego meramente formal, sino que debe garantizar ciertos contenidos materiales mínimos.

“Si se dirige, en efecto, a favorecer a la minoría, así como a dar sistemáticamente la palabra a la defensa, está bien que se reconozca a cada uno el derecho de expresión, incluyendo al más débil y al más extraño. Al encuentro de la dialéctica identidad (‘nosotros’)/exclusión (‘ellos’), los procedimientos jurídicos tienen este efecto de universalizar y, por lo tanto, de igualar, al menos parcial o potencialmente, el derecho a la palabra”.⁹¹

Por ello, también deben ser reconocidos los siguientes derechos: libertad de opinión, libertad de expresión, integridad física y seguridad (no podría haber debate equitativo bajo apremio de la coerción física). Como se observa, se comparte mayormente el programa ético-normativo propuesto por algunos de los autores iusnaturalistas citados en este trabajo, pero no así sus puntos de partida metodológicos y epistemológicos. Claro que, bajo la premisa metaética aquí escogida, estos derechos fundamentales podrían tornarse frágiles, como reconoció Bulygin.⁹² Al menos, ello debería recordarnos que, más que reconocimientos de exigencias de razonabilidad práctica, la consagración de estos derechos son fruto de fuertes luchas y conquistas políticas, lo que también demuestra la necesidad de dar combate en la arena política por su efectiva tutela y goce. En palabras del autor indicado:

“...la fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco convincente, sino políticamente sospechosa, pues una fundamentación de este tipo tiende a crear una falsa sensación de seguridad: si los derechos humanos tienen una base tan firme, no hace falta

91. Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, Nº 14, 1993, p. 191.

92. Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en *Doxa*, Nº 4, 1987, p. 84.

preocuparse mayormente por su suerte, ya que ellos no pueden ser aniquilados por el hombre”.⁹³

No obstante, vale la pena destacar la siguiente advertencia de Ferrajoli:

“... el terreno del objetivismo ético y de las verdades morales –en contra de la idea corriente de que en él hallarían un fundamento más seguro, por objetivo, los juicios morales y la defensa de valores que profesamos con firmeza, y por eso también un anclaje más seguro las ponderaciones entre principios– es siempre resbaladizo. Sabemos que en la historia del pensamiento político, de Platón y Aristóteles en adelante, las argumentaciones fácticas en apoyo de la desigualdad de los hombres han sido bastante más numerosas que las producidas a favor de su igualdad e igual dignidad. Pero esto quiere decir que la igualdad no es un hecho sino un valor; que su afirmación no es una aserción, sino una prescripción; que como tal la asumimos y la defendemos, precisamente porque, de hecho, somos diferentes y desiguales”.⁹⁴

VIII. El rol asumido por el intérprete jurídico: ¿artista, científico, profeta u operador político-ideológico?

A lo largo de este ensayo expuse una extensa suma de particularidades propias de la disciplina jurídica que la alejan de las características “clásicas” del conocimiento científico. En este sentido, el objeto del “derecho” está constituido por lenguaje (materia polisémica), no suele ser claro y preciso; presenta una inevitable carga ideológica y valorativa; aun cuando muchas veces se presenta como verdad monolítica, no puede ser verificado empíricamente; la búsqueda de la determinación de su sentido (interpretación) –ya sea a través de la subsunción o la ponderación– resultan actividades creativas, al igual que la labor sistematizadora del jurista; la disciplina se autorreferencia como propio objeto de estudio; pensarla como una ciencia

93. *Ibidem*.

94. Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, en *Doxa*, N° 35, 2012, p. 798.

formal presenta múltiples dificultades y una utilidad marcadamente limitada, etc.

Por estos motivos, el operador jurídico no puede comportarse como un *artista*, en tanto debe explicitar las razones y métodos desplegados en su labor creativa e, incluso, debe (y podemos exigirle) rendir cuenta de ello. Es decir, el gran poder que ejerce y el amplio marco de discrecionalidad que dispone le obligan a otorgar una justificación racional de su obra. A mayor nivel de libertad en la fundamentación de sus decisiones, mayor deber de explicación de las razones que las motivan. De lo contrario, su discrecionalidad se transformaría en mera arbitrariedad.

Sin embargo, el intérprete tampoco puede asumir su tarea como un *científico*. Ello, no obstante –como adelanté al explicar brevemente el marco teórico elegido (apartado II)– la posepistemología ha puesto en jaque muchas de las características del *ethos* científico: (i) se postula que la ciencia es una producción y, por lo tanto, no una simple constatación de algo preconstituido; (ii) la ciencia no señala cómo son los hechos, solo el comportamiento ideal de leyes que en la realidad fáctica nunca se dan aisladas; (iii) la observación científica no es neutral ni objetiva, se capta diferencialmente de acuerdo con cuáles son los supuestos –explícitos o no– que ordenan la mirada del observador; (iv) no existe un lenguaje neutro interteórico que pudiera remitir directamente a lo real para resolver diferencias, o para permitir comunicación fluida; (v) el científico no es un desinteresado buscador de verdades, sino un sujeto socialmente condicionado que persigue su propia legitimación.⁹⁵

Quizás, alterando el marco conceptual epistemológico, puede acudir al rescate del carácter científico de la disciplina jurídica. Sin embargo, ello privaría al método de las cualidades que lo convierten en un instrumento que permite alcanzar intersubjetivamente verdades empíricas (provisorias). Tampoco los juristas que se asumen como *científicos* reniegan de los cánones de la epistemología tradicional: de allí pretenden derivar su prestigio y noble misión (una vez más, recuérdense las palabras de Welzel). De ese

95. Con mayor profundidad, Follari, Roberto, *Epistemología y sociedad. Acerca del debate contemporáneo*, Rosario, Homo Sapiens, 2000, pp. 11-14. Bunge responde a muchas de las críticas que la nueva sociología de la ciencia realiza a la epistemología clásica en Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, pp. 151-183.

modo, también ocultan bajo ropajes descriptivistas (“naturalezas jurídicas”, “esencias”, “instituciones”, etc.) sus propias inclinaciones valorativas e ideológicas.⁹⁶ Esta pretendida actitud aséptica se condensa en el siguiente pasaje del voto de un magistrado del Tribunal Constitucional Español, el cual se pronunció en un caso en el cual se discutían si los supuestos no punibles del aborto resultaban inconstitucionales (o no):

“Es cierto que esta errónea concepción de la jurisdicción constitucional parece muy extendida en nuestra sociedad; que precisamente con motivo de este recurso se han expresado en la prensa multitud de opiniones que implícita o explícitamente partían del supuesto de que el fundamento de nuestra Sentencia había de ser el juicio sobre la licitud o ilicitud ética del aborto, o la conveniencia de su despenalización, y que (y ello es aún más penoso) destacadas figuras políticas, e incluso miembros del Gobierno, han efectuado declaraciones que manifiestamente arrancaban del mismo convencimiento. Es evidente, sin embargo, que por difundida que esté, tal idea es errónea e incompatible con nuestra Constitución y con los principios que le sirven de base. El Tribunal Constitucional, que no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. *Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica*”.⁹⁷

96. En palabras de Nino: “La búsqueda de esencias, de estructuras ontológicas, de la ‘naturaleza jurídica’ de ciertas instituciones, la formulación de definiciones ‘reales’, permite a los juristas establecer soluciones normativas bajo la pretensión de elucidar conceptos jurídicos que supuestamente reflejarían aspectos trascendentes de la realidad, aprehensibles por medios no empíricos” (Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 336).

97. STC 53/1985 (pleno), del 11/04/1985, voto particular del Magistrado Francisco Rubio Llorente (el destacado me pertenece).

¿Acaso esta supuesta ajenidad es posible? Traigo aquí la demoledora exposición de Cossio:

“... el jurista, sospechosamente sordo a los fuertes vientos de su mundo circundante, todavía está en la tesitura de que las tachas ideológicas únicamente pueden alcanzar al legislador o al juez, más no propiamente a él, en razón de la neutralidad científica que lo definiría [...] cuánto hay de ideología en la imagen técnica del derecho con la que los juristas participan en la vida de todos, en razón de la importantísima función social que ellos desempeñan. Y dado que esa imagen se fusiona con el derecho que, de verdad, vive la gente en su entendimiento societario, todavía puede destacarse [...] el mismo engaño ideológico de los juristas, cuyas protestas de neutralidad y cuyas pretensiones de estar por encima de las ideologías del poder, resultan así, tan enfáticas como poco consistentes. En conexión con este aspecto del problema, no es suficiente, claro está, que el propio jurista proclame, según lo hace, la inutilidad de toda filosofía del derecho, si en esta proclama, a su turno como ideología, sólo se enmascara cínicamente el propósito de bloquear el análisis de lo que a la neutralidad ideológica de ese jurista concierne”.⁹⁸

Por último, el intérprete tampoco puede creerse un *profeta*. Aun cuando asuma la innegable carga valorativa del derecho, debe llevar a cabo su labor con decidida humildad, en tanto aún no se ha probado la existencia de un método intersubjetivo convincente para conocer “hechos morales” y determinar su contenido. Debemos renegar de los *sacerdotes jurídicos*: hay que desconfiar de aquellos que entienden que pueden explicar y describir acabadamente qué es la dignidad humana, el Estado de Derecho, los principios de las “naciones civilizadas”, cómo opera la razón práctica y las “verdades” que ofrece, etc.

En definitiva, pueden construirse teorías metódicas, sistémicas, precisas y coherentes (la teoría del delito en el campo del derecho penal es prueba

98. Cossio, Carlos, *Ideología y derecho*, pp. 10-13, obra inédita recogida en Cárcova, Carlos María, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 102-103. Aquí el concepto de ideología mantiene su carga negativa (o napoleónica); carga a la cual yo no asocio la “ideología”.

de ello), pero la materia prima de aquellas continúan siendo los dogmas aceptados por la comunidad jurídica, que no tienen la calidad de ser empíricamente comprobables.

Descartados los *artistas, científicos y profetas*, ¿cómo debe asumir su rol el operador jurídico? Más allá de la flaqueza que origina a nivel de seguridad jurídica, el problema del derecho no está dado tanto por su inevitable dimensión axiológica-creativa y su carácter acientífico, como por el ocultamiento de estas circunstancias. No es casualidad que, junto a los cuestionamientos de la posepistemología, haya surgido la escuela crítica y los movimientos alternativos del derecho. Sus autores no reniegan de la dimensión axiológica del derecho; teorizan sobre el carácter político de la actividad del operador jurídico al tiempo que afirman la politicidad del propio derecho; estudian cuáles son las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas en las cuales se produce el discurso jurídico; y cómo su contenido guarda relación con tales factores.

Tratando de comprender la dimensión social del derecho y su complejidad estructural, y echando mano de la semiología y la teoría del discurso, Cárcova describe el razonamiento judicial del siguiente modo:

“Las concepciones generales vigentes, las ideologías, los valores, determinan las interconexiones significativas de los textos y de los relatos y tales concepciones generales son las que se dinamizan a través de la actividad del intérprete, que en ningún caso es solipsística, sino social. No hay un intérprete, sino multiplicidad de intérpretes. Porque su interpretación es social, el intérprete es un sujeto sujetado. Tiene libertad, pero también límites. El relato sobre un hecho acaecido resulta de un material disperso, desordenado y caótico. Quien ordena ese material (novelista, cronista, jurista) selecciona, ordena, desecha, omite (y agrega). La plausibilidad fáctica de los acontecimientos descriptos, depende en gran medida de la coherencia narrativa. Pero no sólo de su coherencia interna, sino también de su coherencia con los otros relatos (representaciones, ideologías, valoraciones, precedentes) que circulan en el espacio público de la comunicación”.⁹⁹

99. Cárcova, Carlos María, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 188.

En esta línea, creo que es más útil partir de una perspectiva constructivista, que exponga al “derecho” como una disciplina “dogmática”, verdadera tecnología de poder, que –lejos del oscurantismo teórico– explicita claramente sus fundamentos políticos, ideológicos y éticos últimos, los haga parte de la discusión democrática y los someta al escrutinio público para su fundamentación y selección.

La disciplina jurídica no se mueve en el campo de la demostración, sino en el de la argumentación. Pivotea entre la regla y el hecho, entre la normatividad y la facticidad, entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia.¹⁰⁰ Como tal, debería ser más modesta: tendríamos que exigir operadores jurídicos más intelectualmente honestos en los planos político, ético e ideológico. Solo así podremos examinar intersubjetivamente las verdaderas razones que subyacen en sus decisiones e interpretaciones normativas. Esa es mi humilde pretensión.

Bibliografía

- Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción de la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Didot, 2016.
- Alonso, Juan Pablo, “La clasificación cuatripartita de las normas jurídicas de Ferrajoli” y “La estructura lógica de los principios de Robert Alexy. Un análisis crítico”, ambos disponibles en la web.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, Buenos Aires, Hyspa, Libertador, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003.
- Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en *Doxa*, N° 4, 1987

100. Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, N° 14, 1993, p. 187.

- Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005.
- Dabove, María Isolina, “Arqueología de la Ciencia Jurídica”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, UNR, Rosario, FIJ, 2006.
- Carcova, Carlos María, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Lecciones acerca de la Teoría General del Derecho”, en *Investigación y Docencia*, N° 32, 1992.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, N° 2/3, 1982.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Razones del trialismo (A Werner Goldschmidt, treinta años después)”, en *Investigación y Docencia*, N° 52, ISSN 1514-2469, 2016-2017.
- Díaz, Esther, “El conocimiento como tecnología de poder”, en *La posciencia: el conocimiento científico en las postrimetrías de la modernidad*, 1ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2000.
- Duquelsky Gómez, Diego J., “El rol del juez en una sociedad democrática”, en *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitoria*, v. 16, N° 2, julio/diciembre 2015.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2010.
- Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017.
- Finnis, John M., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- Follari, Roberto, *Epistemología y sociedad. Acerca del debate contemporáneo*, Rosario, Homo Sapiens, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, en *Doxa*, N° 35, 2012.
- Gargarella, Roberto; “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en *Jurisprudencia Argentina*. Lexis Nexis (2007-2), Fascículo II, 3-10.
- Gimberat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2020.

- Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Guibourg, Ricardo Alberto, “El derecho ante el enfoque analítico” en Ghirardi, Olsen A. (dir.), *Diez años*. Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007.
- Guibourg, Ricardo A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Buenos Aires, Colihue, 2006.
- Guibourg, Ricardo Alberto, “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 9, Asociación Argentina de Derecho Comparado, 1991.
- Guibourg, Ricardo Alberto, “Legal science”, en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, 2017.
- Guibourg, Ricardo, “Alexy y su fórmula del peso”, en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- Holmes, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.
- Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, 2ª ed., Madrid, Alianza Universidad, 1980.
- Kelsen, Hans, “¿Qué es la justicia?”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44074.pdf>.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- Mackie, John, *Ética. La invención del bien y del mal*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MacCormick, Neil, “Argumentación e interpretación en el derecho”, en *Doxa*, N° 33, 2010.
- Manero, Juan Ruiz, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, ‘soluciones en abstracto’ y ‘ponderaciones equitativas’”, en *Doxa*, N° 35, 2012.
- Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell Sánchez, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2003.

- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003.
- Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, México, Fontamara, 1991.
- Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, N° 14, 1993.
- Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- Silva Sánchez, Jesús-María, “La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas”, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Montealegre Lynett/Caro John (eds.)—Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Vigo, Rodolfo L., “Una teoría distintiva ‘fuerte’ entre normas y principios jurídicos”, en Delgado Barrio, Javier y Vigo, Rodolfo L., *Sobre los principios jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), Estudios Jurídicos, 2009.

Nuevas tecnologías e inteligencia artificial. El principio de la autonomía de la voluntad como mecanismo de gobernanza

*Carolina González Rodríguez**

Resumen

Los sistemas, productos y servicios basados en las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (TIC) y la Internet han generado cambios paradigmáticos en la vida cotidiana de las personas, motivo por el cual se considera a estas tecnologías como parte de la “Cuarta Revolución Industrial”. De las múltiples aristas que invitan a su exploración, la que más interés (y alarmas) ha despertado en juristas y políticos es la de la protección de los datos personales, debido a la eventual afectación a los derechos a la privacidad que estos sistemas podrían causar.

En este trabajo se realiza una exploración a la problemática de la protección de datos, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, en tanto, si bien los datos son una expresión de los constitucionales derechos a la privacidad y a la dignidad, los desarrollos tecnológicos son el resultado de los también constitucionales derechos a la libertad de comercio y a ejercer industria lícita. Frente a la potencial colisión de ambas tutelas constitucionales, y sin desatender el impacto que las nuevas tecnologías han demostrado tener sobre el sistema económico de los países que las abrazan,

* Abogada (UBA). Master en Derecho Empresario (ESEADE). Doctoranda Programa de Doctorado UBA. Profesora de Análisis Económico y Financiero, y Economía Política y Economía Argentina (UBA). Profesora de Economía Política Constitucional (UCEMA). Profesora Titular de Economía para la Toma de Decisiones (ESEADE). Becaria Hayek Fund, Institute for Humane Studies. Fellow Law and Economics Center (George Mason University); cgonzalezr@derecho.uba.ar.

se sugiere la profundización del principio de la Autonomía de la Voluntad, como instrumento jurídico que facilita y promueve el equilibrio entre derechos, obligaciones e intereses de usuarios y desarrolladores; y que arroja como resultado mejores niveles de coordinación social, sin desatender la eficiencia económica.

Palabras clave: Tecnologías de la Información y la Comunicación, Inteligencia Artificial, regulación, autonomía de la voluntad, autorregulación.

New Technologies and Artificial Intelligence. The Autonomy of Will Principle as a Governance Tool

Abstract

The systems, products and services based on Information and Telecommunications Technologies (ICT) and the Internet, have caused paradigmatic changes in the daily life of people, that's why these technologies are addressed to as the "Fourth Industrial Revolution". Of the many aspects that invite their exploration, the one that has aroused the most interest (and alarms) in lawyers and politicians is that of the protection of personal data, in view of the potential harms to privacy rights, which these systems may cause.

This paper addresses an exploration of the problem of data protection, from the perspective of Law and Economics, insofar as although data is an expression of the constitutional rights to privacy and dignity, technological developments are the result of the also constitutional rights to freedom of trade and lawful industry. Faced with the potential collision of both constitutional protections, and without neglecting the consideration of the impact that new technologies prove to have on the economies of those countries that embrace them, the deepening of the Autonomy of Will principle is suggested, as the legal framework that provides and promotes the balance between rights, obligations and interests of users and developers; and that results in better levels of social coordination, without neglecting economic efficiency.

Keywords: Information and Communication Technologies, Artificial Intelligence, Regulation, Autonomy of the Will, Self-governance.

I. Introducción

A partir de la Revolución Industrial, en el siglo XIX, los avances tecnológicos han ido generando importantes impactos en los modos de relacionarse en sociedad, y en los términos de intercambio entre particulares, y entre particulares y empresas.

El surgimiento de Internet ha acelerado de manera notable esos cambios debido a los incontables usos que el sistema permite, marcando una huella en la sociedad que, por la celeridad con la que acontece y por la inmediatez de sus resultados, demuestra que la regulación tradicional y centralizada siempre se encuentra desfasada con respecto a la realidad social.¹

Tomando como referencia a Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Australia, Argentina y Brasil, en el año 2017 el promedio de usuarios de Internet en esos países rondaba el 80 % de sus poblaciones totales. En el segundo trimestre de 2022, los relevamientos del INDEC indican que casi 8 millones de habitantes son usuarios de los servicios de acceso fijo, mientras que 35 millones de personas acceden a Internet a través de prestadores móviles.²

Su rápida expansión y profundización se debió a la gran eficiencia lograda al momento de promover el intercambio de información. Como consecuencia, el *e-commerce*, por ejemplo, experimentó niveles de crecimiento inéditos, generando un impacto en las economías de los países que ha dado lugar a múltiples propuestas académicas para su cuantificación,³ y

1. Gény, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (1925), 2ª ed., Madrid, Reus, 2000, pp. 89-90.

2. INDEC, *Accesos a Internet. 2º trimestre 2022*. Informe Técnico vol. 6, N° 165, 2022, p. 4. Disponible en https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/internet_09_2260723E2261.pdf

3. De Loo, I., & Soete, L. (1999, April), *The Impact of Technology on Economic Growth: Some New Ideas and Empirical Considerations*. Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology, University of Maastricht. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/4769630_The_Impact_of_Technology_on_Economic_Growth_Some_New_Ideas_and_Empirical_Considerations; , N'Da, K., Robin, A., & Tribunella, T. (2009, July), "Economic Freedom and the Impact of Technology on Productivity", *Journal of Global Information Management* (JGIM), IGI Global, 17(3), 42-58. Disponible en <https://ideas.repec.org/a/igg/jgim00/v17y2009i3p42-58.html>; Broughel,

que llevaron incluso a algunos a considerar la posibilidad de una “paradoja de la productividad”.⁴

Según indican los últimos resultados obtenidos por la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), las ventas a través de comercios *online* de los supermercados durante las primeras tres semanas de la cuarentena ordenada en respuesta a la pandemia del COVID-19 (marzo de 2020) crecieron un 300 % respecto a las tres semanas previas al inicio del aislamiento obligatorio, lo que motivó a algunos a promover la calificación de Internet como un “servicio público esencial”.⁵ Con la sanción del DNU 620/2020 (B.O 22/08/2020), que modificó el Artículo 15 de la ley 27.078 (B.O 19/12/2014) se concretó esa aspiración, en tanto “[...] los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia”.⁶

Pero, además, Internet ha servido de plataforma para la creación y desarrollo de múltiples aplicaciones y productos tecnológicos basados en la red de redes, lo que, desde la perspectiva económica, evidencia la importancia

J., & Thierer, A. (2019), *Technological Innovation and Economic Growth: A Brief Report on the Evidence*. Mercatus Center–George Mason University, <https://www.mercatus.org/system/files/broughel-technological-innovation-mercatus-research-v1.pdf>.

4. Brynjolfsson, E. (1993, December). *The Productivity Paradox of Information Technology: Review and Assessment*. Communications of the ACM (Association for Computer Machinery), 36(12), 66-77. DOI 10.1145/163298.163309.

5. Carro, P. (2021), “Claramente, Internet es un servicio público esencial”, TELAM. Disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202108/564979-claramente-internet-es-un-servicio-publico-esencial.html>

6. Posteriormente, varias empresas del sector interpusieron Medidas Cautelares contra el DNU 690/2020, resultando exitosas en algunos casos. Ver “Telefónica de Argentina SA c/Estado Nacional -Poder Ejecutivo Nacional- y el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) s/ medida cautelar autónoma (Cám. Cont. Adm. Fed.–II–17/12/2021 disponible en <https://www.erreius.com/login?urlshp=%2fsitios%2fErreius%2fJuris2020a2024%2f2021%2fo4%2f30%2f20210504124411466.docxhtmlhtml>. Y “Telecom Argentina SA c/EN–ENACOM y otro s/medida cautelar (autónoma)”–Cám. Cont. Adm. Fed.–II–30/04/2021–Cita digital IUSJU005161F; Compte, J. M., “TELCOS. La Justicia amplía una cautelar contra el DNU del Gobierno”, en *El Cronista Comercial*, 01/04/2021. Disponible en <https://www.cronista.com/negocios/telcos-la-justicia-amplia-una-cautelar-contra-el-dnu-del-gobierno/>

de observar los cambios en las variables subyacentes,⁷ a fines de estimar las mejores políticas económicas posibles. Y más aún cuando, en el caso de Internet, esos cambios se dan a velocidades y profundidades inusitadas.

Estos cambios paradigmáticos experimentados en las vidas de las personas llevaron a algunos a sostener que la tecnología desembocará en un estadio de *Singularity*,⁸ en el que las habilidades de las computadoras superarán a las habilidades de los humanos. Otros rechazan esta hipótesis y consideran que estos avances configuran un “moderno barbarismo”.⁹

Prácticamente la totalidad de los desarrollos informáticos modernos tiene como estructura tecnológica de base a la Inteligencia Artificial (IA). Esta, a su vez, se funda en la aplicación y utilización de algoritmos matemáticos que aceleran y profundizan los procesos productivos y la oferta de bienes y servicios. Y si bien el uso de algoritmos en las ciencias de la computación no es reciente ni novedoso,¹⁰ desarrollos tecnológicos tales como los teléfonos celulares “inteligentes” y el “Cloud Computing” permitieron la expansión de la IA, tornando los productos y servicios resultantes cada vez más económicamente accesibles.

De ahí que la creación de sistemas que utilizan la IA, el *Machine Learning* (ML) y el *Deep Learning* (DL), sean los que más inquietudes (filosóficas, éticas, sociales, políticas y jurídicas) causan, debido –fundamentalmente– a que estos mecanismos requieren una descomunal cantidad de datos para su correcto funcionamiento.

Debido a su temprana sanción, y a la aplicación global de sus disposiciones (consecuencia directa de la virtualidad propia de los desarrollos tecnológicos, y la imposibilidad –muchas veces– material de asignar consecuencias jurídicas vigentes en las jurisdicciones en las que los sistemas se desarrollan), la *General Data Protection Regulation* (GDPR), sancionada

7. Demsetz, H. (1967), “Toward a theory of property rights”, *The American Economic Review*. 57(2), 347-359.

8. Kurzweil, R. (2005), *The Singularity is near. When Humans Transcend Biology*. Viking Penguin.

9. Nicolescu, B. (2017), “Technological Singularity: The Dark Side”, in Gibss, P. (ed.), *Transdisciplinary Higher Education*. 1st ed. N.p.: Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-319-56185-1_11.

10. Minhondo, J., López Murphy, J. J., Sponton, H., Migoya, M., & Englebienne, G. (2018), *Embracing the Power of AI*. Globant.

por la Unión Europea como normativa regional en 2016, sirve, hoy en día, como la regulación por excelencia, troncal e ineludible para la toma de decisiones sobre la formación y desarrollo de empresas de base tecnológica, con independencia de su establecimiento en uno u otro país.¹¹

Su extenso articulado resulta plenamente orientado a la protección estricta de los datos personales de usuarios europeos de las nuevas tecnologías; a punto tal de crear nuevos derechos tales como, por ejemplo, el “derecho al olvido”.¹² Pero esta expansiva tutela implica, simultáneamente, un criterio altamente restrictivo de las actividades económicas de empresas de base tecnológica, e impone muy altos costos de transacción¹³ a quienes pretendan llevar adelante emprendimientos en ese rubro, sea que se encuentren en la Unión Europea, o que pudieran, eventualmente, acceder, administrar y disponer de los datos de ciudadanos o residentes de esa región.

La convicción regulatoria que trasunta a esta normativa encuentra su fundamento en la concepción de “datos personales” como “Derechos Fundamentales”, de acuerdo a la Constitución Europea.¹⁴

Pero, si bien la privacidad, el honor y la dignidad son ejemplos de los derechos personalísimos que podrían ser violentados como consecuencia de la utilización de datos personales en los desarrollos tecnológicos, lo cierto es que los datos también son bienes susceptibles de valuación monetaria,¹⁵ están sujetos al comercio y a las leyes económicas de la oferta y la demanda, y son objeto de contratos, en los que los intercambios, por ser

11. Ryngaert, C., & Taylor, M. (2020), “The GDPR as Global Data Protection Regulation?”, *AJIL Unbound*, 114, 5-9. doi:10.1017/aju.2019.80.

12. Artículo 17 GDPR.

13. Coase, R., “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, III, 1-44, 1960, Octubre. Disponible en <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>.

14. Considerando 1 GDPR: “(1) The protection of natural persons in relation to the processing of personal data is a fundamental right. Article 8(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the ‘Charter’) and Article 16(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) provide that everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her”.

15. Cordes, J. and Perez, D., “Measuring costs and benefits of privacy controls: conceptual issues and empirical estimates”, *Journal of Law, Economics & Policy*, Volume 15, Winter 2018, Number 1.

libres y voluntarios, reflejan la valuación subjetiva preferente de usuarios y desarrolladores.

Motivadas por el éxito en la aplicación global de la GDPR, el 21 de abril de 2021 la Comisión Europea ha publicado la *Iniciativa para la Regulación por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Armonización de las Reglas en materia de Inteligencia Artificial, modificando ciertos actos legislativos de la Unión (la Iniciativa Europea*¹⁶ (la Iniciativa). Con este instrumento, la Unión Europea continúa en la posición adoptada previamente con la GDPR, y refuerza su preferencia por las soluciones regulatorias centralizadas a los desafíos que la IA plantea. Por oposición, los Estados Unidos mantienen una posición favorable al método *case-by-case*,¹⁷ es decir, a la desregulación de la actividad empresarial de aplicaciones de IA, y al análisis de cada caso de colisión entre los derechos de usuarios y desarrolladores.

Pero las aspiraciones de la Iniciativa se expanden aún más allá que las plasmadas en la GDPR, y apuntan a lograr una regulación que incorpore una definición neutral de la IA, y que incluya técnicas de explotación y desarrollo aún inexistentes (*future-proof*, en la terminología de la Iniciativa). Este aparenta ser un objetivo de tan amplio espectro que justifica el escepticismo sobre la posibilidad fáctica de alcanzarlo; así como también hace dudar sobre los beneficios concretos que podrían desprenderse del mismo. Es decir, con el marco propuesto, no resulta claro cómo podrían verse equilibrados los derechos de los desarrolladores con los derechos de los usuarios de la IA.

Consecuentemente, este trabajo pretende poner a consideración una propuesta basada en la revaloración y restauración del principio jurídico de la Autonomía de la Voluntad, en la convicción de que aquellas regulaciones que se orienten a tomar este principio como rector de la técnica legislativa adoptada facilitarán los marcos institucionales necesarios para alcanzar un equilibrio saludable entre la protección (real) de los datos personales de los usuarios y la promoción y expansión de la creación de empresas de base tecnológica.

16. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts* {SEC(2021) 167 final}–{SWD(2021) 84 final}–{SWD(2021) 85 final}. Disponible en <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>.

17. Epstein, R., “Can technological innovation survive government regulation?”, 36 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 87 (2013).

Para una comprensión más ordenada de la propuesta doctrinaria que se postula, se considera necesario realizar primeramente una breve exposición sobre las características técnicas de la Inteligencia Artificial, y sus sub-productos el Machine Learning y el Deep Learning, a modo de clarificación sobre la importancia (jurídica y económica) que tiene la protección de datos. A continuación, se esboza un análisis de los criterios económicos que son de aplicación al análisis de la problemática que presentan las nuevas tecnologías y su uso intensivo de datos personales para, posteriormente, profundizar sobre los elementos jurídicos que fundamentan la preocupación por la protección de datos, y las distintas alternativas que ofrecen las perspectivas de solución regulatoria a los desafíos de la IA, el ML y el DL. Finalmente, se propone el refuerzo o revitalización del Principio de la Autonomía de la Voluntad como mecanismo de gobernanza para las relaciones entre usuarios y desarrolladores de productos y servicios basados en las nuevas tecnologías.

En las conclusiones se resumen los conceptos vertidos en este trabajo, y se ponen a consideración de la audiencia especializada los fundamentos de la propuesta a favor de la Autonomía de la Voluntad, como principio rector de futuras legislaciones.

II. Breve Identificación de las Nuevas Tecnologías

La complejidad científica y tecnológica de las nuevas tecnologías hace que un análisis unidimensional de la problemática desde la perspectiva exclusivamente jurídica resulte insuficiente a los fines de promover legislaciones tanto justas como eficientes. Es decir, legislaciones que logren el equilibrio deseable entre la protección de los datos personales, por un lado, y la facilitación de los marcos institucionales que no obstaculicen el desarrollo de empresas de base tecnológica, por el otro.

El impacto económico de la IA y de las nuevas tecnologías impone la necesidad de aproximarse desde una perspectiva interdisciplinaria, que colabore con la comprensión lo más abarcativa posible de los intereses y posiciones en juego. Pero, además, sea cual fuere el modelo regulatorio adoptado, debe incluir un conocimiento de los elementos que hacen al objeto de la regulación lo más acabado posible, siendo que esa información serviría para sopesar mejor las ventajas y los desafíos que, en este caso, la IA plantea.

Consecuentemente, la perspectiva que se adopta para la elaboración de este trabajo adhiere a los lineamientos que la disciplina del Análisis Económico del Derecho ofrece, con ánimo de concretar esa visión interdisciplinaria que se estima como mejor herramienta para arribar a conclusiones comprensivas de las múltiples aristas que esta tecnología presenta.

De ahí que se considera oportuno realizar una breve descripción de los sistemas tecnológicos observados, a los fines de hilvanar posteriormente los conceptos jurídicos y económicos, considerados desde la metodología propuesta por la disciplina del Análisis Económico del Derecho.

A. *Inteligencia Artificial (IA)*

La expresión “Artificial Intelligence” fue acuñada en 1956 por John McCarthy durante una conferencia en la ciudad de Dartmouth, New Hampshire, a la que fueron invitados los principales investigadores del momento en campos tan disímiles como teoría compleja, simulación lingüística, redes neuronales, conjuntos neuronales, abstracción de conceptos desde inclusiones sensoriales, relaciones por azar, pensamiento creativo y *machine learning*. El propósito era discutir una idea tan novedosa para la humanidad que se requería acuñar un término que la identificara.¹⁸

Pero las oposiciones al uso de esta terminología son vastas y fundadas en profundidad, por lo que primeramente es necesario responder a la pregunta ¿qué es la “inteligencia”? y ¿podría ser sintetizada? Es decir, ¿podría convertirse un elemento inmaterial, que hace a la condición humana en sí misma, en un producto inorgánico?

Karl Popper sostiene la existencia de 3 mundos: el mundo 1 de los objetos materiales, el mundo 2 de los estados mentales, y el mundo 3 de los productos de la mente humana: “la comprensión es cosa del mundo 2: nuestros cuerpos pueden coger una piedra o un palo, pero no pueden captar o comprender un argumento”.¹⁹ Consecuentemente, ¿puede la IA comprender o captar los resultados que se obtienen por medio de los algoritmos

18. *Dartmouth Artificial Intelligence Conference* (1956), BroadbandNow. Disponible en https://broadbandnow.com/internet/i/ii_ai.htm

19. Popper, K., *El Cuerpo y la Mente*, Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1997, p. 40.

utilizados? Es decir, la IA conforma el mundo 3; es un producto de la mente humana, pero ¿qué tan razonable resulta pretender que esos resultados incorporen valores éticos o morales, propios, exclusivamente, del mundo 2? De hecho, para Popper el mundo 2 es el nexo entre los mundos 1 y 3, por lo que resulta necesario profundizar sobre las vinculaciones entre los mundos 2 (nexo) y 3 (resultados) de modo tal de responder a la pregunta anterior.

La definición de “inteligencia” no es uniforme ni pacífica. Molero Moreno *et al*²⁰ practican una recorrido sobre las distintas acepciones que los teóricos en psicología han elaborado sobre el concepto a lo largo del tiempo, y resalta que la identificación del término ha sido seccionada en parcelas relativas al campo de acción al que la inteligencia se asigne (inteligencia lógico-matemática, lingüística, musical, kinestésico-corporal, emocional, etc.).

Sin embargo, Popper ofrece como elementos propios de la inteligencia (cualquiera de las que pudiera considerarse), que la sujetan a la condición inexpugnable de aplicarse únicamente a los seres humanos, a la voluntad y el libre albedrío, necesarios para conocer los productos de los mundos 1, 2 y 3. Adoptando esta proposición como válida, es indiscutible que es un error gramatical referirse a la “inteligencia animal”, “edificios inteligentes”, “autos inteligentes”, y –consecuentemente– sostener la viabilidad de una inteligencia “artificial”. Es decir, no podría darse una inteligencia que no sea natural.

Benegas Lynch (h)²¹ sostiene:

“La inteligencia del ser humano procede de que no solo se trata de kilos de protoplasma sino de psique, mente o estados de conciencia que permite revisar los propios juicios, ideas autogeneradas, distinguir entre proposiciones verdaderas y falsas, voluntad independiente, responsabilidad individual y moral. Si los humanos fuéramos aparatos programados, la libertad se tornaría en mera ficción”.

20. Molero Moreno, C., Saiz Vicente, E. y Esteban Martínez, C., “Revisión Histórica del Concepto de Inteligencia: una Aproximación a la Inteligencia Emocional”, *Revista Latinoamericana de Psicología*, 1998, Volumen 30 N° I L/-3d. Disponible en <https://riucv.ucv.es/bitstream/handle/20.500.12466/1240/80530101.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

21. Benegas Lynch, A. (h.), “Inteligencia Artificial”, *Punto de Vista Económico*, 5 de enero 2020. Disponible en <https://puntodevistaeconomico.com/2020/01/05/inteligencia-artificial-por-alberto-benegas-lynch-h/>

En esa obra también practica un relevo bibliográfico a favor de esa interpretación de la inteligencia. Autores como John Hick, el premio Nobel en Neurofisiología John Eccles, el premio Nobel en Física Max Planck, Noam Chomsky, Thomas Szasz, Howard Robinson y Juan José Sanguinetti tienen en común la idea popperiana de distinción entre los mundos material y mental, por lo que solo la racionalidad individual, propia de los seres humanos, demanda ineludiblemente la existencia del libre albedrío como condición elemental para la producción del pensamiento. Y, consecuentemente, para la existencia de “inteligencia”. Desde esta perspectiva queda, entonces, fundamentado el rechazo del determinismo, y de las ideas que admiten a las acciones humanas como producto de “una férrea ley de causalidad”, equiparable a las fuerzas de la naturaleza.²²

Alfred Binet²³ sostuvo en 1905: “El órgano fundamental de la inteligencia es el juicio. En otras palabras, el sentido común, el sentido práctico, la iniciativa, la facultad de adaptarse. Juzgar bien, comprender bien y razonar bien son los resortes esenciales de la inteligencia”. Desde esta descripción de la inteligencia, ¿pueden los algoritmos “juzgar bien” y “razonar bien”? Pero más aún, ¿podrían existir, en el futuro, algoritmos con “iniciativa”?

Todas estas consideraciones no permean, lamentablemente, el uso extendido y generalizado que se ha dado al término “inteligencia artificial”, que, al momento, parecería haber desarrollado condiciones ontológicas propias, distintas a las de los seres humanos que la desarrollan y que son usuarios de los productos resultantes de su aplicación. Por lo que, en adelante, las referencias a la *Inteligencia Artificial* que se encuentran en este trabajo lo serán en el sentido usual del término, habiendo asentado la posición que desalienta la continuidad de su uso.

En términos generales, la IA es el campo práctico de las ciencias de la computación dedicada a construir sistemas que tienen ciertas características de los entes inteligentes. Lo que la diferencia de los sistemas de programación tradicionales es la capacidad tecnológica que la IA demuestra al momento de arrojar resultados *predictivos*, mediante mecanismos de “auto-aprendizaje”. Es decir, esta tecnología permite que los algoritmos matemáticos en los que se basa “aprendan” por sí mismos, sin necesidad

22. Planck, M., citado por Benegas Lynch (h), *op. cit.*, nota 23.

23. Citado en Molero Moreno *et al.*, “Revisión Histórica...”, *op. cit.*, nota 22.

de contar con un programador centralizado que oriente y organice tanto el input de datos como la programación de los procesos de computarización; por lo que los resultados pueden ser iguales o aún mayores o mejores que los esperados.²⁴

Russell y Norvig sostienen que “The field of artificial intelligence, or AI, goes further still: it attempts not just to understand but also to *build* intelligent entities”.²⁵ Y ofrecen una matriz de definiciones diseñada a partir de dos dimensiones: actividades de IA como procesos de pensamiento y razonamiento, y como resultados de comportamiento. El Test de Turing, por ejemplo, consiste en testear los sistemas de IA a partir de su interrelación con seres humanos. Si los humanos no pueden distinguir si se encuentran en relación con otra persona o con una máquina, el sistema habría superado el test.²⁶

Consecuentemente, el proceso de causación de la IA puede ser resumido en los términos de Popper diciendo que los proyectos que involucran esta tecnología consisten en la organización de distintas tareas que permiten ir de un punto A a un punto B,²⁷ mejorando la experiencia tanto en el acceso como en el procesamiento de la información disponible, la toma de decisiones y la *performance* en distintos campos, mediante la disponibilidad de cantidades masivas de datos de gran calidad y previa y debidamente “etiquetados”.²⁸

Pero es válido reiterar que estos procesos no incluyen lo que Popper denomina “cuestiones importantes: “[...] de la libertad humana y el control que ejercemos sobre nuestras vidas; el tema importante de la creatividad humana; y la que tal vez sea la cuestión más importante de todas:

24. Minhondo *et al.*, *Embracing...*, *op. cit.*, nota 10.

25. Russell, S.; Norvig, P., *Artificial Intelligence A Modern Approach*, Third Edition, Prentice Hall Series on Artificial Intelligence, 2010, pp. 1-2 (“El campo de la inteligencia artificial va aún más allá: intenta no solo entender, sino *crear* entidades inteligentes”, destacado en el original).

26. Oppy, Graham and Dowe, D., *The Turing Test*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/turing-test/>

27. Popper, K., *El Cuerpo y la Mente*, *op. cit.*, nota 19, p. 32.

28. Minhondo, *et al.*, *Embracing...*, *op. cit.*, nota 10.

la relación que nos une con nuestras acciones, especialmente con nuestro trabajo [...]”.²⁹

B. Machine Learning (ML)

Entendida como una rama de la IA, el *Machine Learning* (ML) es la metodología que utilizando algoritmos matemáticos permite que los resultados obtenidos sean producto del procesamiento directo de las máquinas.³⁰ Una de las características principales de los sistemas de IA y ML es su capacidad predictiva de esos resultados, lo que resulta consecuencia del procesamiento (autónomo) de los datos que fueron provistos, previamente, por los desarrolladores de la IA y el ML. Esta predictibilidad, a su vez, se obtiene como consecuencia de la capacidad computacional de identificar parámetros existentes en el océano de datos aislados que hacen las veces de combustible para su funcionamiento.³¹

Así, las computadoras “aprenden” por exposición a las masivas cantidades de ejemplos sobre las distintas alternativas incorporadas como *input*, de modo tal que es el sistema computacional el que define los parámetros a seguir por los algoritmos³² (Minhondo *et al.*, 2018: 41). Esos ejemplos están conformados, precisamente, por los datos con los que se “alimentan” la IA, el ML y el DL.

29. Popper, K., *El Cuerpo y la Mente*, *op. cit.*, nota 19, p. 40. Agravando la incorrecta utilización del término “inteligencia”, Minhondo *et al.*, *Embracing...*, *op. cit.*, nota 10, informan que también se denomina a la IA como *Cognitive Computing* (computación cognitiva), en atención a que los procesos de estas tecnologías responden más acertadamente a la idea del proceso mental por el cual un ser humano entiende e interpreta lo que observa, aprende, recuerda y percibe el mundo. Obviamente que estos procesos no incluyen los principios de voluntad y libre albedrío, indispensables en todo proceso mental humano, por lo que los resultados obtenidos plantean las importantes objeciones éticas, jurídicas y políticas que, en parte, se consideran en este trabajo.

30. Es decir, arrojar resultados de manera independiente de la programación del sistema para obtener esos resultados.

31. López Murphy, J. J., *Inteligencia Artificial. Identificando los Desafíos en el Desarrollo de Soluciones*. Conferencia dictada en la Escuela ORT (Yatay), 15 de agosto, 2019.

32. Minhondo *et al.*, *Embracing...*, *op. cit.*, nota 10.

En términos estrictos, si bien en ML no hay una orden prescriptiva de un programador humano, con relación a las distintas etapas o procesos que son necesarios para alcanzar un resultado determinado, los desarrolladores intervienen en la arquitectura de los algoritmos y en su exposición a distintos escenarios.

C. *Deep Learning (DL)*

Como parte de los avances en la investigación y el desarrollo de sistemas de IA, la tecnología *Deep Learning* (DL), también denominada *Artificial Neural Networks* (ANN), se presenta como una etapa superadora en la evolución de estos sistemas en tanto:

“Deep learning is a class of machine learning which performs much better on unstructured data. Deep learning techniques are outperforming current machine learning techniques. It enables computational models to learn features progressively from data at multiple levels. The popularity of deep learning amplified as the amount of data available increased as well as the advancement of hardware that provides powerful computers”.³³

El DL se organiza como un gráfico direccionado, o como una compleja arquitectura neuronal, que –en términos matemáticos– representa una función no lineal del peso de la información recibida (input). De ese conjunto de input recibido, esta arquitectura permite agrupar subconjuntos de datos

33. Amitha, M.; Amuda, A.; Sivakumar, S., “Deep Learning Techniques: An Overview”, *Proceedings of the International Conference on Advanced Machine Learning Technologies and Applications*, Manipal, India, 13-15 febrero 2020, pp. 599-608. Disponible en https://doi.org/10.1007/978-981-15-3383-9_54. (*Deep learning* es un tipo de *machine learning* que funciona mucho mejor con datos desestructurados. Las técnicas de deep learning superan a las actuales técnicas de machine learning. Permiten a los modelos computacionales reconocer progresivamente características a partir de los datos disponibles en múltiples niveles. La popularidad del deep learning se amplificó a medida que también los datos disponibles aumentaron, así como también los desarrollos del hardware, que facilita poderosas computadoras).

de distinto peso, formando capas de datos, las que son “apiladas”, de manera tal de crear la red neuronal elegida por el desarrollador de DL.³⁴

Consecuentemente, este sistema se asimila a la arquitectura computacional utilizada por las redes neuronales de un cerebro biológico, siendo que el sistema procura imitar el proceso de sinapsis ocurrido en los humanos. Pero esta “imitación” puede resultar un entendimiento muy reduccionista del funcionamiento de las neuronas humanas.³⁵

De ahí que el término “deep” (profundo) refleja la capacidad de formar esas múltiples capas de datos, las que permiten a los algoritmos alcanzar distintos niveles de profundidad, superando los resultados obtenidos por la IA; lo que es cada vez más posible debido a los avances del poder computacional de las máquinas y a la tecnología del “Cloud Computing”.³⁶ A su vez, este proceso de “apilado” de distintas capas de input permite el “aprendizaje” de mejores y más complejas representaciones de los datos que las conforman, lo que también aumenta las capacidades de entrenamiento de los algoritmos, a partir de la posibilidad de contar con una mejor estructura de organización temporal o espacial en los procesos de entrenamiento de los algoritmos.

Y si bien los resultados obtenidos de los procesos de DL superan a los obtenidos por la IA, también la cantidad de datos necesarios para su funcionamiento es prácticamente infinita.³⁷

D. Big Data

La preocupación de juristas y decisores de políticas públicas por la protección (acentuada) de los datos personales se justifica en las ingentes cantidades de datos que los sistemas, brevemente presentados, requieren para su funcionamiento.³⁸

34. Minhondo *et al.*, *Embracing...*, *op. cit.*, nota 10.

35. Minhondo *et al.*, *Embracing...*, *op. cit.*, nota 10.

36. Minhondo *et al.*, *Embracing...*, *op. cit.*, nota 10.

37. Minhondo *et al.*, *Embracing...*, *op. cit.*, nota 10.

38. Stucke, Maurice E. y Grunes, A. P., *Introduction: Big Data and Competition Policy*. Big Data and Competition Policy, Oxford University Press (2016), Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2849074>.

El término “Big Data” refleja el abanico de situaciones, necesidades, cambios, circunstancias y procesos informáticos surgidos alrededor de la cantidad inconmensurable de datos, no solo destinados a la producción de sistemas de IA, sino causados por los propios usuarios y consumidores a razón del uso cada vez más intensivo de tecnologías de la información.

Se estima que, en el año 2013, la cantidad de datos producidos a nivel global era de 4.4 zettabytes, mientras que en el 2020 esa cifra aumentaría a 44 zettabytes, lo que es equivalente a 44 trillones de gigabytes. Y si bien el poder computacional de las máquinas se ha expandido significativamente, aún hoy en día es insuficiente para analizar toda esa cantidad de datos. El procesamiento de estas inmensas cantidades es lo que ha convertido al análisis de datos tradicional en lo que hoy se conoce como *Big Data*.³⁹

El origen de esos datos es el uso diario de buscadores de internet (Google), teléfonos celulares y aplicaciones accesorias a ellos, servicios de *streaming* (Netflix, Spotify), redes sociales (Facebook), grandes plataformas comerciales (Amazon, E-Bay, Mercado Libre, en Latinoamérica) y en la multiplicidad de aplicaciones y plataformas de *gaming* que existen hoy en día; todo lo cual hace que los datos estén disponibles a velocidades impen­sadas, resultando también de una impresionante variedad, no solo por su contenido, sino por los distintos lenguajes informáticos en los que los datos son producidos, distinguiendo entre datos obtenidos de fuentes primarias y secundarias.⁴⁰

Sin embargo, los datos utilizables para el desarrollo de la IA no solo deben alcanzar un determinado parámetro de *cantidad*, sino que deben también contar con una *calidad* particular para resultar aptos para su aplicación a los algoritmos. Los datos deben tener condiciones de usabilidad y certeza, por lo que los datos “en crudo” no resultan suficientes para la implementación de estas tecnologías.⁴¹

39. Enterprise Big Data Framework, “A short history of Big Data Where does Big Data come from?”, 2019, Marzo 26. Disponible en <https://www.bigdataframework.org/short-history-of-big-data/>

40. Hox, J. J. y Boeijs, H., “Data Collection. Primary vs. Secondary”, *Encyclopedia of Social Measurement*, Elsevier, 2005, p. 593.

41. Minhondo *et al.*, *Embracing...*, *op. cit.*, nota 10.

El concepto de “calidad” de los datos es multidimensional; no contiene un sentido normativo, o sujeto a las características propias de los usuarios y generadores de los mismos, sino que refiere a las condiciones técnicas propias de los diversos lenguajes informáticos en los que son generados, procesados y convertidos luego en datos “obtenibles” y utilizables por las tecnologías IA, ML y DL.⁴²

1. El proceso de “limpieza” de los datos

El proceso de “limpieza de los datos” consiste en la detección, corrección o remoción de los distintos juegos de registros, tablas o bases de datos en los que fueron asentados, lo que se logra identificando las partes que resulten incompletas, incorrectas o irrelevantes, modificándolos, reemplazándolos o directamente eliminando los datos “sucios”.⁴³

La categorización de “limpios” o “sucios” dependerá, entonces, de la interpretación de “útiles” o “inútiles” que los desarrolladores de IA les otorguen, lo que, a su vez, dependerá del objetivo previsto para los algoritmos a los que se destinarán.⁴⁴

Los desafíos que este proceso de limpieza presenta son múltiples ya que los datos ingresados por los titulares de los mismos (datos primarios) pueden variar en su identificación, ubicación geográfica, codificación, formularios con campos incompletos, o erróneamente completados, etc.⁴⁵. Pero, además, la *calidad* de los datos utilizados por la tecnología IA, ML y DL se recuesta no solo en las condiciones de limpieza, sino también en los procesos de transformación, encriptado y depósito (*storage* o *Data Warehouse*) a los que deben ser sometidos. Estos procesos implican el uso

42. Maletic, J. y Marcus, A., “Data Cleansing. A Prelude to Knowledge Discovery”, *Data Mining and Knowledge Discovery Handbook*, Oded Maimon y Lior Rokach (eds.), Springer Link, 2005, pp. 21-36.

43. Wu, S., “A review on coarse warranty data and analysis”, *Reliability Engineering & System Safety*, 114, 1-11, junio, 2013.

44. Wu, S., “A review...”, *op. cit.*, nota 44, p. 5; Fürber, C., *Data Quality Management with Semantic Technologies*. Springer Gabler, 2015.

45. López Murphy, J. J., *op. cit.*, nota 31; Bahl, V., “Clean Data Is the Foundation of Effective Machine Learning”, *The New Stack*. August 12, 2020. Disponible en <https://thenewstack.io/clean-data-is-the-foundation-of-effective-machine-learning/>.

de sistemas de *Data-masking* (enmascarado de datos), *Anonymization* (Anonimización) y *De-Identification* (Desidentificación); todos ellos procesos (con diferentes características) generalmente irreversibles, en virtud de los cuales los datos sensibles originales se protegen, previniendo la reidentificación de la información.⁴⁶

Así, los “datos” se diferencian tanto de la “información” que los mismos reflejan como de la que podrían arrojar (dependiendo de los objetivos perseguidos por quienes los utilicen), siendo que los datos son producidos por distintos medios, en diferentes formatos informáticos, aislados, descontextualizados y de manera desorganizada. De ahí que el proceso de conversión de datos en información es un proceso que incorpora valor, aporta relevancia y posibilita la generación de un conocimiento que, previamente a este procesamiento, no estaba disponible.

De todo lo expuesto surge que el proceso de estandarización de los datos y el desarrollo de AI, ML y DL resultan grandes demandantes no solo de datos sino también de capital, generando, consecuentemente, productos y servicios resultantes con un gran valor agregado.

2. Metadatos

Se entiende por “metadatos” a los elementos que conforman, y hacen parte de los datos a ser procesados. Por ejemplo, metadatos son la estructura de los datos a ser procesados (de acuerdo al punto de vista del programador que organizó el sistema en el cual fueron volcados); el origen de los mismos, la transformación sufrida al momento de ser transferidos a los Data Warehouses⁴⁷ en los que fueron almacenados para su procesamiento posterior, la historia de la extracción de los datos, etc.

46. Zhang, M., “AWS AI-Powered Health Data Masking: What Is it and How Does it Work?”, *Medium* (2019, septiembre 20). Disponible en <https://medium.com/egen/aws-ai-powered-health-data-masking-what-is-it-and-how-does-it-work-c713a339d911>.

47. Se entiende por *Data Warehouse* un tipo de sistema para la administración de datos que está diseñado para permitir y dar apoyo a las actividades propias de la Inteligencia de Negocios (*business intelligence*, BI), especialmente las tareas analíticas. Las data warehouses tienen el único propósito de realizar consultas y análisis, y usualmente contienen grandes cantidades de datos históricos. Los datos disponibles en estos sistemas derivan de una amplia variedad de fuentes tales como los formularios de aceptación para el uso de

Estos elementos importan, a su vez y por sí mismos, un valioso contenido que podría arrojar información de manera directa, accesoria o complementaria a la información obtenida una vez “limpiados” los datos en crudo. Es un concepto que sería asimilable a un catálogo de las distintas características que hacen a un mismo elemento. La información surgida de ese “catálogo” compone la *metadata* de la información contenida en cada uno de los elementos catalogados⁴⁸ y que coadyuvan a la cantidad de datos con los que funciona la IA.

3. El “etiquetado” de datos

Además de ser “limpios”, los datos utilizados en el proceso de aprendizaje de los algoritmos en los que la IA, el ML y el DL se basan, es necesario que los mismos sean, previamente, *etiquetados* o *anotados*. IBM indica que:

“Data labeling, or data annotation, is part of the preprocessing stage when developing a machine learning (ML) model. It requires the identification of raw data (i.e., images, text files, videos), and then the addition of one or more labels to that data to specify its context for the models, allowing the machine learning model to make accurate predictions. Data labeling underpins different machine learning and deep learning use cases, including computer vision and natural language processing (NLP)”.⁴⁹

apps y aplicaciones de pagos y transacciones. Oracle, “What is Data Warehouse?”, fecha n/d. Disponible en <https://www.oracle.com/database/what-is-a-data-warehouse/>

48. NISO (National Information Standards Organization), *Understanding Metadata*, 2004. Disponible en https://www.lter.uaf.edu/metadata_files/UnderstandingMetadata.pdf.

49. IBM Cloud Education, “Data labeling”, 2021, agosto 5. Disponible en <https://www.ibm.com/cloud/learn/data-labeling>. (El etiquetado de datos, o la anotación de datos, es parte de la etapa de preprocesamiento en el desarrollo de un modelo de machine learning [ML]. Requiere la identificación de los datos en crudo [i.e. imágenes, textos, archivos, videos] y la posterior adición de una o más etiquetas para especificar el contexto para esos modelos permitiendo al modelo de *machine learning* realizar predicciones más acertadas. El etiquetado de datos subyace a los diferentes casos de uso de *machine learning* y *deep learning*, incluyendo los sistemas de *computer vision* y el procesamiento de lenguaje natural [NLP]).

Este paso en el procesamiento de los datos utilizados para el desarrollo de la IA, el ML y el DL podría ser el más conflictivo, y el que –en la práctica– tendría la mayor potencialidad de incurrir en una de las desventajas que se suelen mencionar con relación a estas nuevas tecnologías.

En tanto el etiquetado de datos depende de la caracterización que los desarrolladores impongan a los datos fuente, resulta razonable considerar la existencia de sesgos que motiven una anotación como “correcta” o “incorrecta” y que derive en resultados perjudiciales para los usuarios finales de estas tecnologías.

Un caso emblemático de esta circunstancia fue el caso, en el año 2015, de Jacky Alciné, una usuaria de Google que identificó a unas personas de raza negra en las imágenes que el buscador devolvía a la búsqueda del vocablo “gorilas”. En el 2018, un artículo de la revista especializada *Wired* informaba que –al momento– Google no había reparado el error de diseño de los algoritmos, y que simplemente había bloqueado la identificación de “gorilas” de sus algoritmos.⁵⁰

Con motivo de la redacción de este trabajo (agosto de 2022) se procuró la búsqueda en Google de imágenes de los términos “gorilas”, “gorillas”, “chimpancés”, “chimpancees”, “monos” y “monkeys”, no encontrando imágenes de personas de raza negra etiquetadas bajo las palabras identificativas de esos animales.

4. El Proceso de “aprendizaje” de los algoritmos

El “aprendizaje” de los algoritmos se basa en la obtención de resultados mejorados, en relación a resultados previos, mediante la experiencia. Y el entrenamiento de los algoritmos sucede por la repetición de esas experiencias, imágenes, sonidos, textos (todo ello, “datos”) etiquetados como “acertados”, de manera tal que los propios algoritmos identifican elementos “equivocados” en el universo de datos provistos por las bases de las cuales son obtenidos (Mitchell, 1997: 5).

50. Vincent, J., “Google ‘fixed’ its racist algorithm by removing gorillas from its image-labeling tech”, *The Verge*, 2018, enero 12. Disponible en <https://www.theverge.com/2018/1/12/16882408/google-racist-gorillas-photo-recognition-algorithm-ai>.

Esta metodología de “aprendizaje” es la que permite arrojar los resultados de óptima eficiencia, en tanto los algoritmos pueden lograr por sí mismos la generalización e identificación de problemas y/o parámetros que no fueron inicialmente considerados por los diseñadores de la IA. Es esta posibilidad tecnológica la que justifica la capacidad predictiva que caracteriza a la IA, ML y DL, en base a experiencias repetidas (Minhondo *et al.*, 2018: 56).

En suma, estas condiciones tecnológicas hacen que, en el proceso de desarrollo de la IA, el ML y el DL, los datos personales de los usuarios, los que permiten la identificación de las individualidades, resulten altamente transformados y procesados, y hacen económicamente ineficiente su “re-personalización”.

En síntesis, de esta breve introducción de las condiciones técnicas más importantes de la IA, el ML y el DL se concluye que estos sistemas se caracterizan por i) la necesidad de contar con ingentes cantidades de datos que sirven como “materia prima” para el funcionamiento de los algoritmos matemáticos que hacen a la arquitectura de estas tecnologías; ii) los algoritmos diferencian a la IA, el ML y el DL de los programas o software tradicionales, en la medida en que estas nuevas tecnologías reconocen patrones en un océano de datos aislados, y arrojan, consecuentemente, resultados predictivos; iii) para ese objetivo, los datos deben ser pre-procesados, limpiados y etiquetados, anonimizados, y iv) los resultados no son anticipadamente determinados por los desarrolladores. Es la evolución “automática” de los sistemas que, con la incorporación de más datos, y con la computación de sus características, pueden ir mejorando la precisión, certeza y regularidad de los resultados obtenidos.

II. Los datos personales: una visión jurídico-económica

A. La perspectiva económica

La importancia que la IA, el ML y el DL demuestran tener no solo a nivel individual (desarrolladores, empresas de base tecnológica y usuarios respectivamente), sino también a nivel agregado (Haseeb *et al.*, 2019; Cath *et al.*, 2018), generó un impacto sustantivo en las economías de los países, y –lógicamente– un marcado interés jurídico.

Pero no es solo el desarrollo puntual de estas nuevas tecnologías lo que despierta admiración, aceptación y rechazo, sino que, tal vez, lo que genera mayor atención aún es la velocidad⁵¹ a la que los desarrollos van sucediendo, y la expansión de los campos de aplicación de estas nuevas tecnologías. Hoy en día, no existen, prácticamente, industrias que no apelen, de manera directa o indirecta, a la IA para la producción y la administración de sus negocios. La industria del entretenimiento (y la novel industria del *gaming*),⁵² el turismo, la educación,⁵³ la prestación de sistemas de salud,⁵⁴ y aun el desarrollo de emprendimientos sin fines de lucro⁵⁵ son mencionados apenas como ejemplos.

Y es, precisamente, esa velocidad en el desarrollo y surgimiento de nuevos modelos tecnológicos, procesos, productos y servicios lo que lleva a preguntarse, ¿sirven las legislaciones vigentes para enmarcar estas novísimas situaciones?⁵⁶

Innegablemente, la IA acarrea importantes ventajas y beneficios, pero también riesgos, ciertos y potenciales, por lo que, en 2016, la Unión Europea optó por responder afirmativamente a esa pregunta. Con el tiempo, la *General Data Protection Regulation* (GDPR), sancionada por la Comisión Europea y puesta en vigor el 25 de mayo de 2018, se ha instaurado como el

51. International Telecommunications Union (ITU), *Measuring digital development Facts and figures, 2021*, 2021. Disponible en <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2021.pdf>; Finnbarr, T., *AI is growing fast—and isn't set to slow down*, Techerati, 2021, diciembre 10. Disponible en <https://www.techerati.com/features-hub/opinions/ai-is-growing-fast-and-isnt-set-to-slow-down/>.

52. Aldaz, M., "Argentina: four companies account for 90% of video game turnover", *Atalayar*, March 6, 2020. Disponible en <https://atalayar.com/en/content/argentina-four-companies-account-90-video-game-turnover>.

53. Chen, P. and Lin, Z., "Artificial Intelligence in Education: A Review", *IEEE Access*, vol. 8, pp. 75264-75278, 2020, doi: 10.1109/ACCESS.2020.2988510.

54. Strong, A. I. (2016), *Applications of artificial intelligence & associated technologies*. Science Proceeding of International Conference on Emerging Technologies in Engineering, Biomedical, Management and Science [ETEBMS-2016], 5-6 March 2016.

55. Grameen Bank <https://grameenbank.org/>.

56. Fenwick, Mark D.; Kaal, W. A. and Vermeulen, E., "Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law?", *American University Business Law Review*, Vol. 6, N° 3. Available at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aublr/vol6/iss3/1>.

marco jurídico de referencia para la toma de decisiones sobre la formación y desarrollo de empresas de base tecnológica, dentro o fuera de la Unión Europea. Orientada a la protección de datos personales de usuarios en la Unión Europea⁵⁷ (Corbett-Davies *et al.*, 2017), la norma resultó una regulación realmente global, en tanto la mayoría de los desarrolladores de las nuevas tecnologías adoptan sus lineamientos, aun de manera preventiva,⁵⁸ y con independencia de la jurisdicción en la que se encuentren.

Pero si su extendida aplicación ha sido ampliamente celebrada desde el sector jurídico,⁵⁹ no puede decirse lo mismo desde la perspectiva económica. Carl Benedikt Frey y Giorgio Presidente, dos economistas del CEPR (Center for Economic Policy Research), una ONG europea abocada al estudio de las políticas económicas vigentes en esa región, identificaron que, desde la sanción del GDPR, las Pequeñas y Medianas Empresas de la región perdieron 8 % de sus ganancias, mientras que experimentaron apenas una mínima reducción del 2 % de sus ventas. A su vez, las grandes empresas tecnológicas (BigTechs) no sufrieron un impacto de la regulación significativo. Por el contrario,

“For example, Facebook has reportedly hired some 1,000 engineers, managers, and lawyers globally in response to the new regulation. It also doubled its EU lobbying budget in 2017 on the previous year, when GDPR was announced. Indeed, according to LobbyFacts.eu, Google, Facebook and Apple now rank among the

57. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

58. Zoldi, S., “Is Your AI Ready to Be Regulated? Lessons from GDPR?”, *Enterprise AI*, 2022, abril 14. Disponible en <https://www.enterpriseai.news/2022/04/14/is-your-ai-ready-to-be-regulated-lessons-from-gdpr/>.

59. Goddard, M. (2017), “The EU General Data Protection Regulation (GDPR): European regulation that has a global impact”, *International Journal of Market Research*, 59(6), 703-705.; Ayala-Rivera, V., & Pasquale, L. (2018, August), “The grace period has ended: An approach to operationalize GDPR requirements”, *2018 IEEE 26th International Requirements Engineering Conference (RE)*, pp. 136-146. IEEE; Tambou, O. (2018), “France: The French Approach to the GDPR Implementation”, *Eur. Data Prot. L. Rev.*, 4, 88.

five biggest corporate spenders on lobbying in the EU, with annual budgets in excess of € 3.5 million”.⁶⁰

De estos datos surgirían las siguientes conclusiones: (i) los principales afectados por la GDPR serían las pymes europeas, que a 2022 suman más de 23 millones,⁶¹ y es el sector responsable por el 64,5 % de la totalidad de empleos en la región;⁶² (ii) la regulación no causó un efecto significativo en la decisión de los usuarios de continuar accediendo a los productos y servicios basados en IA. De hecho, mientras que en 2016 la cantidad de hogares con acceso a internet representaba el 84 % del total de los hogares, en 2021, ese porcentaje aumentó al 92 %.⁶³ Y mientras en el 2016 el 51 % de la totalidad de personas entre los 16 y los 74 años habían comprado productos y servicios en Internet, ese porcentaje aumentó al 67 % en 2021.⁶⁴ Este aumento del 16 % de operaciones en los ecosistemas virtuales podría demostrar una

60. Frey, C. B. y Presidente, G., “The GDPR effect: How data privacy regulation shaped firm performance globally”, Vox EU, *CEPR*, 2022, marzo 10. Disponible en <https://cepr.org/voxeu/columns/gdpr-effect-how-data-privacy-regulation-shaped-firm-performance-globally>. (Por ejemplo, Facebook informó que, en respuesta a la nueva regulación, contrató 1.000 ingenieros, administradores y abogados, a nivel global. También duplicó su presupuesto de lobby en Europa en el 2017 del año anterior, cuando la GDPR fue anunciada. En efecto, de acuerdo con Lobbyfacts.eu, Google, Facebook y Apple ahora se ubican entre los 5 gastadores en lobby más grandes de la UE, con presupuestos anuales superiores a los €3,5 millones).

61. Statista, *Number of small and medium-sized enterprises (SMEs) in the European Union (EU27) from 2008 to 2022, by size*, 2022, Agosto 16. Disponible en <https://www.statista.com/statistics/878412/number-of-smes-in-europe-by-size/>.

62. Eurostat, Statistics Explained, *Structural business statistics overview. Number of persons employed by enterprise size class, 2019 (as % of total employment)*, 2022, marzo. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Structural_business_statistics_overview.

63. Eurostat, Statistics Explained, *Digital economy and society statistics—households and individuals*, 2022, junio. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals.

64. Eurostat, Statistics Explained, *Digital economy and society statistics—households and individuals. Ordering or buying goods and services 2022*, junio. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals#Ordering_or_buying_goods_and_services.

evolución natural de los desarrollos digitales, y la oferta de más y nuevos productos y servicios disponibles. Pero no parecería reflejar un impacto sustantivo de la regulación en el aumento de la confianza de los usuarios en el manejo y administración de sus datos, como consecuencia directa de la GDPR, y (iv) de los datos obtenidos se observa una alarmante barrera de ingreso al mercado de empresas de base tecnológica pequeñas, lo que, al fin del día, significa un fortalecimiento artificial de las grandes empresas, que se ven beneficiadas por las barreras regulatorias que impiden el ingreso de potenciales competidores que, a su vez, podrían significar la pérdida de competitividad de las grandes empresas, y mejoras para los usuarios que podrían beneficiarse con productos de mejor calidad y a mejor precio del que ofrecen las BigTech.

En 1776 Adam Smith⁶⁵ se preguntó sobre las causas de la riqueza de las naciones. Pero el desarrollo actual de la investigación ha llevado a sostener, de manera pacífica, que el crecimiento de la productividad de las empresas responde a los mayores niveles de capitalización del mercado en el que se desempeñan (Benegas Lynch [h], Rothbard). Y, a su vez, esos niveles de capitalización se ven impactados por los cambios en una de las variables subyacentes (Demsetz) más relevantes en la actualidad: la tecnología (Acemoglu and Zilibotti, 2001; Barro, 1991). Y siendo que la tecnología estriba en los niveles de innovación (Schumpeter) y emprendedorismo (Kirzner) que se observen en los distintos países,⁶⁶ la consideración de los modelos regulatorios que se apliquen amerita la mayor atención, dados los resultados que

65. Smith, A., & Krueger, A. B. (1776), *The wealth of nations* (Bantam Classics), Bantam Cla edition.

66. Indiscutiblemente, no son los dos únicos factores que determinan los resultados en términos de productividad y desarrollo económico. La baja velocidad en la difusión de las tecnologías, o las barreras impuestas a su transmisión, las diferencias endógenas en los avances tecnológicos, junto con un limitado acceso a la información tecnológica y bajos niveles de capital humano, y mercados de capitales subdesarrollados también han sido estudiados como factores de asignación en los niveles de crecimiento y desarrollo tecnológico. Para un estudio comprensivo de estos temas, ver Lafuente, E., Acs, Z., Sanders, M. y Szerb, L., “The global technology frontier: productivity growth and the relevance of Kirznerian and Schumpeterian entrepreneurship”, *Small Bus Econ* 55, 153-178, 2020. <https://doi.org/10.1007/s11187-019-00140-1>.

esos modelos tendrían en los niveles de empleo, crecimiento y desarrollo económico de los países que los apliquen.⁶⁷

En estos términos, la evidencia cuantitativa parecería no favorecer a la GDPR como herramienta legislativa que mejore los niveles de coordinación social, entendidos como un mayor equilibrio entre la protección de los datos de usuarios, por un lado, y el crecimiento y desarrollo de empresas innovadoras, y de base tecnológica, por el otro.

Rybnicek⁶⁸ informa que, según datos de BCG Global Innovation Survey 2020, de los 10 primeros países del ranking de países con las empresas más innovadoras, los 3 primeros lugares corresponden a empresas americanas, las que, en conjunto, ocupan un total del 70 % de esos diez primeros lugares. El 30 % restante es ocupado por empresas chinas, coreanas y una japonesa. Recién observando los 30 primeros lugares se encuentran empresas europeas en los puestos 21 (Siemens, de Alemania), 23 (Philips, de Países Bajos), 27 (SAP, de Alemania) y 28 (Adidas, también de Alemania).

Y si bien las mediciones macroeconómicas en términos de Producto Bruto Interno plantean serios cuestionamientos con relación a las certezas que de ellas puedan desprenderse (Mises, macroeconomía del capital), sirven para considerar las diferencias en términos de productividad de Europa y Estados Unidos. Mientras la UE registró un aumento del 365,3 % de su PBI entre 1980 y 2018, y un aumento del PBI p/c del 293 % en el mismo período, los Estados Unidos experimentaron un aumento del 617 % de su PBI, y un aumento del 402 % del PBI p/c.⁶⁹

Es indiscutible que los datos relevados son tan solo un “muestreo” de resultados cuantitativos obtenidos por los Estados Unidos y la UE; y de ninguna manera puede asignárseles una única relación de causalidad con la legislación y las regulaciones que afectan a las actividades económicas en uno y otro. Por el contrario, estos resultados responden a una multicausalidad

67. Evidencias históricas y empíricas que demuestran las ventajas que la ciencia y la tecnología han traído a aquellos países que las abrazaron, ordenándolos de manera tal de verse beneficiados por el consecuente aumento del desarrollo social, cultural y político.

68. Rybnicek, J., “Report on the Digital Economy. Section II. Report on the State of Competition in the Digital Economy. Innovation in the United States and Europe”, *Global Antitrust Report*. George Mason University, 2020. Disponible en <https://gaidigitalreport.com/2020/08/09/introduction/>.

69. Rybnicek, J., “Report...”, *op. cit.*, nota 68.

que demanda investigaciones desde campos tan disímiles como la historia, la antropología, la psicología, y aun la filosofía. No se pretende proponer conclusiones determinantes en ningún sentido.

Pero sí es importante destacar que los marcos jurídicos determinan los límites dentro de los cuales tienen lugar las relaciones y los intercambios en sociedad. Mientras la arquitectura jurídica de los Estados Unidos de América favorece una regulación más abstracta (en términos de Hayek)⁷⁰ y una regulación descentralizada —es decir, librada a cada uno de los Estados—, la Unión Europea optó por un sistema regulatorio altamente restrictivo, con la imposición de importantes costos de cumplimiento de la normativa,⁷¹ el aumento de la burocracia y de las barreras de ingreso a la actividad.

Además, de todas las actividades económicas, aquellas vinculadas al desarrollo científico y tecnológico son las que mayormente demandan marcos institucionales que no obstaculicen la liberación de las fuerzas del espíritu y la razón individuales;⁷² que incentiven la innovación y la creatividad, facilitando el aumento de la productividad, la disminución de la escasez de recursos y el emprendedorismo.⁷³

En consecuencia, la preferencia regulatoria que tenga como punto de partida una perspectiva confrontativa, una visión de “lucha” entre desarrolladores y empresas de base tecnológica, por un lado, y “consumidores”, por el otro, podría traer aparejadas importantes ineficiencias y perjudiciales desincentivos para el crecimiento y desarrollo económico de la nación que opte por esa modalidad legislativa.

70. Hayek, F. A., *Derecho, Legislación y Libertad*. Unión Editorial, 2006, p. 122.

71. IBM, *Cost of a Data Breach Report*, 2022. Disponible en <https://www.ibm.com/security/data-breach>.

72. Gorodnichenko, Y. y Roland, G., “Individualism, innovation, and long-run growth”, *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS)*, Vol. 108, No. supplement_4, 2011, diciembre 23. Disponible en <https://doi.org/10.1073/pnas.1101933108>.

73. Kirzner, I., “Entrepreneurship and the Market Approach to Development. An essay in Toward Liberty”, *Essays in Honor of Ludwig von Mises on the Occasion of his 90th Birthday*, September 29, 1971, vol. 2, ed. F. A. Hayek, Henry Hazlitt, Leonard R. Read, Gustavo Velasco, and F. A. Harper, Menlo Park, Institute for Humane Studies, 1971. Disponible en <https://oll.libertyfund.org/page/kirzner-entrepreneurship-the-market-approach-to-development>.

1. *El valor económico de los datos*

En 2017, la revista especializada *The Economist* equiparó los datos con el petróleo. Los grandes jugadores tecnológicos encontraron una alternativa de negocios a partir de la utilización de los datos obtenidos como materia prima de procesos productivos basados en IA, ML y DL, surgiendo así un mercado que, se estima, representará 274,3 billones de dólares para el año 2022 (Mitzl, 2021).

La importancia económica que han adquirido los datos personales no colisiona en absoluto con la visión humanística que se impone al estimar estos sustantivos elementos de la personalidad humana. Bien por el contrario, entender a los datos como bienes susceptibles de valor económico y puestos en el mercado ratifica la cosmovisión que entiende al hombre como fin en sí mismo (Kant, 1999: 98), y de ahí su capacidad ontológica de ser titular de activos (actualmente valiosos), y que conforman su patrimonio individual.

El ganador del premio Nobel de Economía Friedrich von Hayek⁷⁴ sostiene que existen sonadas diferencias entre lo que identifica como ley, por oposición a mandato. Mientras en el primer caso la normativa es abstracta y general, delimitando un marco de acción, pero de ningún modo imponiendo los términos y condiciones de acción dentro de ese ámbito, en el segundo la normativa es concreta y particular, fijando estrictamente los modos, términos y condiciones de la acción humana, y de los intercambios que pudieran tener lugar en una sociedad.

Esta visión se vincula directamente con el concepto económico de la Teoría Subjetiva del Valor (Menger, [1860] 2007) o Revolución Marginalista, en virtud de la cual la valoración de bienes y servicios disponibles en el mercado dependerá, exclusivamente, de la posición que dichos bienes y servicios tengan en la escala de preferencias particulares de cada individuo conviviendo en sociedad. Preferencias, estas, imposibles de conocer absolutamente, ni de anticipar, muchas veces por los mismos individuos. Consecuentemente, la valoración subjetiva de cada uno sobre el universo infinito de fines e intereses, distintos y dispersos en los individuos, es materialmente imposible de ser transmitida a un regulador central para una distribución de recursos escasos justa y eficiente. De ahí que las leyes que sean abstractas y

74. Hayek, F. A., *Derecho... op. cit.*, nota 70.

generales resultan mucho más eficientes, en tanto facilitan –dentro de los límites impuestos– que puedan llevarse a cabo todos los intercambios que, en la medida en la que sean libres y voluntarios, permitirán la asignación de los recursos a quienes más los valoren. Con la irrupción de los sistemas basados en IA, la cuantificación del valor de los datos ha sido ampliamente estudiada, surgiendo varios modelos económicos para estimar su precio de mercado. Y como todo recurso escaso en la economía, dicho precio se ve sujeto a las leyes de oferta y demanda, así como a las características propias de los datos valiosos.

Según un informe del grupo activista Invisibly, en el 2020 los datos tenían valores que iban de los US\$ 0,01 a US\$ 0,62, dependiendo de las condiciones demográficas de los titulares. Pero en el “mercado negro” (es decir, en el mercado de datos obtenidos por hackers y generalmente ofertados en la *Dark Web*) a mediados de 2021, los precios podrían variar entre US\$ 65 por una cuenta de Facebook hackeada, US\$ 100 por una base de datos completa de usuarios en los Estados Unidos, US\$ 610 por una base de datos hackeada a Coinbase, y verificada como real.

Pero no solo las actividades delictivas y el robo de datos les imponen un valor. Los datos afectados al uso legítimo y comercial de las empresas de base tecnológica también observan una valoración económica, lo que ha llevado al surgimiento de la industria de data brokers, empresas especializadas en la recolección, acumulación, limpieza, etiquetado y venta de datos a compañías que los demanden para la realización de estudios de mercado, publicidad personalizada y actividades de marketing, por ejemplo.

2. *El modelo de negocios de la IA*

Esta información permite arribar a varias conclusiones con respecto al aspecto económico de los datos. En primer lugar, las nuevas tecnologías, y en particular el desarrollo de la IA, ha convertido a los datos personales no solo en activos valiosos como elementos de la personalidad humana, la dignidad y la intimidad, sino que hoy en día los datos son *commodities* con alta demanda.

En tal sentido, los datos tienen un valor económico que es reconocido por las prestadoras de bienes y servicios en Internet. Pero el modelo de negocios de esas empresas no responde a un intercambio clásico de bienes por moneda. Por el contrario, el porcentaje de apps gratuitas frente a las apps

pagas, en el caso de Amazon Appstore, es de 78 % promedio entre el 2020 y el 2021 (Statista, 2021c); Y la tendencia se sostiene en el caso de las apps disponibles entre los servicios de Google Play, en cuyo caso el 97 % de las apps ahí disponibles son de acceso y uso gratuito (Statista, 2021d).

Otro elemento significativo se suma a esta información. En el caso de Amazon, la cantidad de apps disponibles en esa plataforma pasó de 299.793 en 2015 a 460.691 en 2021 (Statista, 2021e). Y en Google Play, la cantidad de apps disponibles pasó de 16.000 en 2009 a 2.797.581 en 2021 (Statista, 2021f). Por su parte, Apple App Store pasó de ofrecer 49.538 apps y 44.678 juegos, en julio de 2008, a contar con 3.749.270 apps y 1.005.051 juegos en el mes de agosto de 2021 (Statista, 2021g).

Estas abrumadoras cifras obligan a plantearse la siguiente pregunta: siendo que los porcentajes de apps de acceso y uso gratuito son prácticamente la totalidad de las apps disponibles, ¿cuál es el modelo de negocios de estos grandes jugadores tecnológicos?

La valuación de los datos personales, su condición de insumos para los desarrollos tecnológicos y el sistema de acceso gratuito de los usuarios a los bienes y servicios de base tecnológica, demuestra que los usuarios no son *free-riders* de las empresas, sino consumidores que realizan el pago por el acceso a los servicios ofrecidos no ya en moneda, sino en datos, por lo que –en el ecosistema de los servicios tecnológicos– el intercambio estaría configurado más en términos de trueque que de compraventa, en tanto son datos, y no moneda, lo que se entrega a cambio del acceso a los servicios “gratuitos”.

A su vez, las estadísticas informan el aumento sostenido de dispositivos, aplicaciones, usuarios de Internet, productos y servicios de base tecnológica y variedad prácticamente infinita de los campos en los que se aplican estas nuevas tecnologías, y conlleva como conclusión que en el cálculo costo-beneficio que realizan los usuarios, el pago por el acceso a esas prestaciones en datos, y no en moneda, continúa arrojando resultados positivos para ellos. Y también para las empresas.

Esto podría deberse a que el paso del tiempo demostró que son muy bajas las posibilidades de ver sus datos ilegítimamente afectados (costos), y muy altas las satisfacciones (beneficios) que el uso de las nuevas tecnologías significa para una abrumadora mayoría de usuarios.

“El hombre, al actuar, transfiere la valoración de los fines que persigue a los medios. En igualdad de circunstancias, concede

al conjunto de los diversos medios idéntico valor que al fin que aquellos permiten alcanzar [...] La gradación de los medios, al igual que la de los fines, es un proceso por el que se prefiere *a* a *b*. Implica optar, prefiriendo una cosa y rechazando otra. Es el resultado de un juicio que nos hace desear *a* con mayor intensidad que *b*” (Mises, 2007: 243).

Consecuentemente, la valoración subjetiva de usuarios y desarrolladores parecería haberse encaminado en un modelo de intercambio que, por los resultados observados, es el más eficiente a los fines de concretar los intercambios, satisfaciendo mutuamente las preferencias de ambas partes: usuarios y desarrolladores.

B. La perspectiva jurídica

1. Los datos personales como atributos de la personalidad, y vehículos del derecho a la intimidad

La preocupación por la protección jurídica de los datos personales es una de las máximas revalorizaciones de los derechos individuales, amén del encuadre colectivista que algunas legislaciones de protección de datos⁷⁵ imprimen, como protección de los derechos de los *consumidores*. Los datos son uno de los formatos que observan los denominados atributos de la personalidad, y su consideración jurídica como derechos personalísimos.

Esta exaltación del individuo por sobre los colectivos⁷⁶ es una preferencia institucional y filosófica de Occidente muy moderna, medida en términos históricos. Fue recién a partir de la tradición filosófica liberal, generalmente entendida como la obra de los pensadores del empirismo escocés del siglo XVIII (Adam Smith, David Hume, John Locke), que las ideas que dieron fundamento y se concretaron en la Declaración de Derechos de Virginia (1776), la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos (1776) y en la Declaración de los Derechos del Hombre, en Francia (1789); lograron instaurarse y traducirse, posteriormente, en políticas públicas y

75. Por ejemplo, la *California Consumers Protection Act*, de 2019.

76. Ortega y Gasset, J., *La Rebelión de las Masas*, La Guillotina, 2010, pp. 15-16.

legislativas. Ideas estas que resultaron instrumentales para un cambio de paradigmas revolucionario en el entendimiento del hombre y del Estado.

En términos jurídicos, estas ideas encuentran su fuente en la concepción de derechos naturales existentes en el hombre de manera innata, con independencia de una regulación positiva que los origine o endilgue; derechos consecuentes de la superioridad ontológica del individuo por sobre los colectivos de los que eventualmente forme parte, y por sobre el Estado regulador de dicha sociedad.⁷⁷

Así, el concepto de *persona* que se desprende de esta cosmovisión responde a la idea de sociedades abiertas⁷⁸ en las que los individuos son los centros de imputación de derechos y obligaciones, contrastando frontalmente con las perspectivas de aquellas sociedades estamentales, en las que sus calidades externas llevaban a que fueran, o no, considerados personas.⁷⁹ Consecuentemente, el reconocimiento de las personas como centro del ordenamiento jurídico importa la consideración de derechos con criterio de aplicación universal, e incluyen una preferencia moral que solo puede concretarse en sistemas regulatorios respetuosos de la condición ontológica del individuo; una concepción del derecho diametralmente opuesta a la teoría que sostiene Ferrajoli (2005):

“[La teoría del derecho] no nos dice [...] cuáles son, en cada ordenamiento, los derechos fundamentales y, ni siquiera, cuáles deberían ser, en cualquier ordenamiento, los derechos que deben sancionarse como ‘fundamentales’. [Lo que nos dice es] únicamente [...] la forma o estructura lógica de los derechos que convenimos en llamar fundamentales”.⁸⁰

La perspectiva crítica al liberalismo que sostiene al egoísmo, o a la prioridad de los intereses propios por encima y sin consideración de los intereses

77. Rabbi-Baldi Cabanillas, R., *Teoría del Derecho*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2019, pp. 38-39.

78. Popper, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Grupo Planeta (GBS), 2010.

79. Rabbi-Baldi Cabanillas, R., *Teoría op. cit.*, nota 75, p. 44.

80. Ferrajoli, L., “Los Derechos Fundamentales en la Teoría del Derecho”, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Ed. Trotta, 2005, pp. 141-142.

ajenos, como principios rectores de esa escuela de pensamiento,⁸¹ desatiende el sentido cabal del concepto “individuo”. La asignación de derechos y obligaciones solo tiene razón de ser cuando estos conviven y se desarrollan en sociedad; único medio en el que las personas pueden alcanzar condiciones de satisfacción de sus infinitas necesidades y preferencias, frente a la realidad insoslayable de vida en un mundo con escasez de recursos. Es decir, en ambientes en los que las alternativas de convivencia se den en términos de cooperación (sociedades contractuales), o de confrontación (lucha de clases).

Rabbi-Baldi Cabanillas⁸² cita a Hervada, quien sostiene la indivisible consideración de persona en el marco de la vida en sociedad: “el significado filosófico de persona encierra en sí, como dimensión propia de la persona, la socialidad o relacionalidad: la persona no es un ser aislado, sino un ser-en-relación”.

En tal sentido, es importante considerar que en el marco jurídico argentino la protección positiva a la dignidad humana es contundente (Artículo 51 CCyC). El Código Civil y Comercial profundiza la cosmovisión que tiene al hombre como centro de imputación de derechos y obligaciones; y se encuadra en lo que Rivera⁸³ considera como la “constitucionalización del derecho privado”, en atención al resguardo constitucional de los derechos humanos⁸⁴, incorporado en mérito al Artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional de 1994.

81. Gargarella, R., *La Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx*, comp. Atilio Borón. Biblioteca CLACSO, 2000, p. 111.

82. Rabbi-Baldi Cabanillas, R., *Teoría... op. cit.*, nota 75, p. 49.

83. Rivera, J. C., & Crovi, L. D., *Derecho Civil y Comercial. Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot, 2016, p. 14.

84. No es objeto de este trabajo, pero vale aclarar que el uso del término “derechos humanos” realizado aquí responde a la consideración política de los derechos individuales a los que los Tratados Internacionales y la legislación doméstica que profundiza y amplía una consideración profundizada y amplía esos derechos individuales. La perspectiva colectivista que podría asignársele al término es contraria a la posición individualista de los derechos que aquí se postula. Otros razonamientos también se dirimen en contra de la concepción de “derechos humanos”, aunque desde una perspectiva metodológica: Guibourg, R., *¿Fundamento de los derechos humanos?*, 2012, mayo 29. Material facilitado por el autor en el marco del Curso de Doctorado “Teoría de la Argumentación”. Programa de Doctorado, UBA, Facultad de Derecho.

Congruentemente, el ordenamiento refleja la libertad individual, y la autonomía de la voluntad, admitiendo la facultad de disponer de ciertos atributos de la personalidad, con los límites impuestos por la propia ley, la moral y las buenas costumbres (Artículo 55 CCyC). En todos los casos, esa disposición demanda un expreso consentimiento que no se presume, es de interpretación restrictiva y sujeto a revocación. Así, los datos personales se enmarcan entre dichos atributos de la personalidad,⁸⁵ que se diferencian, sistemáticamente, de los denominados “derechos personalísimos”, los que de acuerdo a Llambías resultan ser “los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad”.⁸⁶ Es esta perspectiva, precisamente, la que aporta un resultado equilibrante entre la consideración magnífica del hombre, su dignidad, su racionalidad y su substancia, y la coordinación de la sumatoria de *dignidades* coexistiendo en sociedad. De ella se desprende que, frente a la disyuntiva entre la cooperación y la confrontación,⁸⁷ la consideración de *persona*, como criterio universal, favorece a los mecanismos de coordinación social y de cooperación por sobre los de confrontación. Y en ese marco las acciones humanas se dirimen dentro de los límites que esa magnificencia (propia y ajena) del individuo impone.

En el caso de Argentina, doctrinarios, juristas, reguladores y jueces⁸⁸ han elevado sus voces alertando sobre el impacto que el desarrollo

85. Llambías, J. J., *Tratado de Derecho Civil*, Decimosexta ed., Vol. I, Abeledo Perrot., 1995, p. 293.

86. Llambías, J. J., *Tratado... op. cit.*, nota 85, p. 294; Fernández Sessarego, Carlos, “¿Qué es ser persona para el Derecho?”, *Derecho Privado. Homenaje al Profesor Doctor Alberto Jesús Bueres*, Hammurabi–J. L. Depalma Editor, 2002, p. 139.

87. Shapley, L. S. y Shubik, M., *Game Theory in Economics – Chapter 3. The Rules of the Game*, A report prepared under a grant from National Science Foundation. Rand Corporation. 1972, October. Disponible en <https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reports/2006/R904.3.pdf>.

88. “Sin lugar a dudas, la difusión de herramientas de características similares al *habeas data*, destinadas a proteger frente al registro indiscriminado de datos personales, se debió fundamentalmente a los avances tecnológicos, especialmente en materia de almacenamiento de datos informáticos [...] (107 y ss.). Es este fenómeno el que desencadena el temor frente a las posibilidades de ‘invasión’ del individuo no sólo por parte del Estado, sino también por los particulares [...]”–Fallos: 321:2767.

tecnológico tendría (o tiene) en la privacidad de las personas; y advirtiendo sobre los posibles daños que los usuarios de estas nuevas tecnologías podrían sufrir como consecuencia de la entrega de sus datos en ambientes virtuales. De ahí que la problemática se encuadra a partir de la potencial afectación al derecho a la privacidad, al honor, a la intimidad y a la propia imagen⁸⁹ pero también en el marco de una interpretación colectivista de la tutela jurídica, tal el caso del derecho del consumidor.⁹⁰

No solo en la Constitución Nacional (Artículo 19) se refleja la preferencia institucional de la Argentina por la protección de la intimidad de las personas, en las figuras los derechos personalísimos al honor y a la privacidad. Ya en el anterior Código Civil (CC) los denominados “derechos personalísimos” encontraban la reglamentación legislativa del derecho a la vida (Artículo 21, CC); a la integridad corporal (Artículos 1086 y 1109 CC), a la libertad (Artículos 531, 910, 911, 953, 1087 CC), al honor y a la integridad moral (Artículos 109, 110 y 118, 1077 a 1079, 1088 a 1090, 1109 CC), a la propia imagen (Artículo 31), y en particular el derecho a la privacidad (Artículo 1071 bis CC).

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), en 2015, los derechos personalísimos, así como los atributos de la personalidad, no solo se mantuvieron sino que la actualización legislativa amplió sustantivamente la consideración de los mismos, incluyendo, por ejemplo, el derecho a la imagen, que ahora también cuenta con una protección positiva específica (Artículo 53 CCyC), lo que –en atención al desarrollo de las tecnologías de reconocimiento facial, resulta de gran impacto normativo–. Esto lleva a concluir que la posición regulatoria tiende a ser restrictiva, orientada a una protección integral de la dignidad humana y la intimidad.⁹¹

89. Palazzi, P. (2002), “Protección de Datos”, *Doctrina y Jurisprudencia*. Tomos 1 y 2. Praxis Jurídica, 2002; González Allonca, J. C. y Ruiz Martínez, E., “Big Data: riesgos y desafíos en el tratamiento masivo de datos personales”, *Revista Jurídica La Ley* 2016-B, Faliero, J. C., *La Protección de Datos Personales*. Editorial Ad Hoc., 2020.

90. Wajntraub, J., *Justicia del Consumidor. Nuevo Régimen de la Ley 26993*. Rubinzal-Culzoni, 2014.

91. Esto plantea tensiones con otros derechos de igual rango constitucional y de jerarquía similar, como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la propiedad privada y el derecho a ejercer industria lícita. Ver “Mercado Libre SRL c/DGDyPC s/Recurso Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor”, Expte. 42268-2014/0, disponible

Consecuentemente, el derecho a la privacidad se estructura como un meta-derecho, que incluye los denominados “atributos de la personalidad”, que son los canales por los cuales la privacidad se concreta.⁹²

2. Los datos como objeto transaccional sujeto al comercio

Indiscutiblemente, una utilización fraudulenta de datos personales puede implicar una disvaliosa afectación al derecho a la intimidad. Pero promover regulaciones tomando en consideración exclusivamente esa potencialidad

en [https://iadpi.com.ar/2019/06/15/mercado-libre-responsabilidad/](https://www.errei.us.com/Jurisprudencia/documento/20191101093305303/defensa-al-consumidor-incumplimiento-contractual-intermediacion-compraventa-por-internet CNCom Sala D, “Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L. s/ Ordinario”, registro N° 34503/2014. Disponible en <a href=). Y en particular sobre la colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información ver: “B. C. c/ Facebook Argentina S.A. s/ medida autosatisfactiva”. Juzgado Civil y Comercial de Formosa, Juzgado: VI, Fecha: 3-oct-2012, Cita: MJ-JU-M-75001-AR, MJJ75001; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “Partes: D. P. Y. D. c/ Google Inc. y otro-art. 250 CPC.-incidente civil” Cita: MJ-JU-M-95456-AR, MJJ95456, Juzgado Civil y Comercial de Salta, 14-mar-2013, Cita: MJ-JU-M-77595-AR, MJJ77595, “M. L. P. y en representación de la menor F. C. c/ Redes sociales Twitter, Whatsapp, Facebook, Google, Yahoo y/o usuarios de Twitter s| medida autosatisfactiva”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 3-ago-2017, Cita: MJ-JU-M-106730-AR, MJJ106730; “P. S. V. y otro c/ Facebook Argentina S.R.L. y otro s| medidas cautelares”, Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Sala B; 6-abr-2018, Cita: MJ-JU-M-110320-AR, MJJ110320; “P. A. E. c/ Facebook Argentina S.R.L. s/ medida autosatisfactiva” Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, 24-may-2019, Cita: MJ-JU-M-119075-AR, MJJ119075; “Q. H. A. c/ Facebook Argentina S.R.L. s/ amparo ley 16.986”, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, 10-sep-2019, Cita: MJ-JU-M-121217-AR, MJJ121217; “C. F. c/ Facebook Argentina S.R.L. s/ habeas data”, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 11-jun-2020, Cita: MJ-JU-M-126255-AR, MJJ126255; “R. M. G. c/ Facebook Argentina S.R.L. s| habeas data, Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, 18-ago-2022, Cita: MJ-JU-M-138224-AR, MJJ138224; “S. R. M. c/ Facebook Argentina Sociedad de Responsabilidad Limitada s/ medida autosatisfactiva”: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala I, 20-oct-2015, Cita: MJ-JU-M-111568-AR, MJJ111568; “Inc. Apelación en autos: ‘G. O. C. N. E. c/ Facebook Argentina SRL y otro s/ Hábeas Data’ Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala II, 1-jul-2021, Cita: MJ-JU-M-135077-AR, MJJ135077.

92. Llambías, J. J., *Tratado... op. cit.*, nota 85, p. 293; Rivera, J. C., & Crovi, L. D., *Derecho Civil...*, *op. cit.*, nota 83, p. 235.

resultaría ineficiente a los fines de promover, simultáneamente, el surgimiento de innovaciones científicas y tecnológicas⁹³ que cuentan con sonados resultados históricos⁹⁴ y empíricos⁹⁵ que las presentan como causales ciertas de crecimiento y desarrollo. Estudiadas en este trabajo imponen la consideración de esos datos no solo como vehículos de la intimidad personal, sino como objetos con una relevante importancia económica. Es decir, como bienes susceptibles de valuación, y sujetos al intercambio comercial.

A pesar de las fuertes voces⁹⁶ que se escuchan en defensa de una mayor rigidez de las regulaciones aplicables a la adquisición y administración de los datos personales, y en contra del principio de la autonomía de la voluntad, lo cierto es que la ley argentina expresamente permite la libre disponibilidad por parte de sus titulares (Arts. 55 y 398 CCyC).

Una lectura e interpretación hilvanada de las regulaciones vigentes no deja dudas con respecto a la viabilidad de la venta de datos personales, lo que permite, de manera equilibrada, proteger los datos como vehículos de la privacidad de las personas, pero sin generar desincentivos en la industria tecnológica.

En tal sentido, el Artículo 15 CCyC reglamenta al Artículo 17CN, garantizando derechos individuales sobre los bienes de los individuos. Por su parte, el Artículo 16 CCyC define a los bienes como todos aquellos activos, incluidos los intangibles que sean susceptibles de tener valor económico en el mercado.

Consecuentemente, los datos personales deben ser considerados bienes y, por ende, susceptibles de valor en el mercado. Por ejemplo, el Artículo 53 CCyC admite la posibilidad de “captar” y “reproducir” la imagen de las

93. Rybnicek, J, *Report...*, *op. cit.*, nota 68.

94. Allen, R., *The British Industrial Revolution in Global Perspective: How Commerce Created The Industrial Revolution and Modern Economic Growth*. Cambridge University Press, 2006.

95. European Central Bank System, *How does innovation lead to growth?* 2017, junio 27. Disponible en <https://www.ecb.europa.eu/ecb/educational/explainers/tell-me-more/html/growth.en.html>; UNCTAD, *Technology and Innovation Report 2021*. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/tir2020_en.pdf; Brynjolfsson, E., *The Productivity...* *op. cit.*, nota 4, De Loo, I., & Soete, L., *The Impact...*, *op. cit.*, nota 2; Broughel, J. & Thierer, A., *Technological...*, *op. cit.*, nota 3.

96. Faliero, J., *La protección*, *op. cit.*, nota 89.

personas, sujeta a su consentimiento. Esto implica que alguien puede condicionar ese consentimiento al pago de un precio, lo que resulta usual en el caso de las celebridades del mundo del espectáculo.⁹⁷

Por su parte, el Artículo 55 CCyC expresamente faculta la disposición de los derechos personalísimos, aunque no solo la sujeta al consentimiento de los titulares sino también a que el uso de esos derechos cedidos no atente contra la ley, la moral o las buenas costumbres. Esto permite concluir que la disposición de los datos personales, en los marcos instruidos por el mencionado Artículo 55 CCyC, no se contradice, ni importa ineludiblemente, una violación a la dignidad de las personas, tutelada en los Artículos 51, 52 y 56 CCyC que encuadran las prohibiciones que resguardan esa dignidad.

El Artículo 1770 CCyC continúa al antiguo Artículo 1071 bis, prohibiendo la *intromisión* en la vida privada de las personas. “Intromisión” que sucedería en la medida en que el acceso a los datos personales no contara con i) el expreso consentimiento del titular de esos datos; y ii) que el destino que los datos obtenidos ilegítimamente signifique un atentado a la dignidad humana.

Pero además de la normativa incluida en el Código Civil y Comercial, el Artículo 11, Ley 25.326 de protección de datos personales, admite la libre disposición de los mismos, bajo la figura de “cesión”; y el Artículo 16 de esa misma ley refiere a su “transferencia”.

En tanto el marco regulatorio no prohíbe expresamente la venta de datos, en atención al principio de legalidad del Artículo 19 CN, estos están amparados por el constitucional derecho a la Propiedad Privada, también previsto en el Artículo 17 de la CN, en los Artículos 15, 16, 53, 55 y 1616 CCyC. Es decir, los datos personales no se encuentran en las prohibiciones del

97. *Infobae*, “Barby Silenzi se sumó a la lista de famosas que venden sus fotos en una aplicación para adultos, ¿cuánto cuestan?”, 2022, abril 18. Disponible en <https://www.infobae.com/teleshows/2022/04/18/barby-silenzi-se-sumo-a-la-lista-de-famosas-que-venden-sus-fotos-en-una-aplicacion-para-adultos-cuanto-cuestan/>; *TN.COM.AR*, “Flor Peña venderá sus fotos en una plataforma para adultos”, 2021, diciembre 7. Disponible en <https://tn.com.ar/show/famosos/2021/12/07/flor-pena-vendera-sus-fotos-en-una-plataforma-para-adultos/>; *La Nación*, “El insólito error de Silvina Luna en la app para adultos donde vende sus fotos en dólares”, 2022, mayo 19. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/espectaculos/el-insolito-error-de-silvina-luna-en-la-app-para-adultos-donde-vende-sus-fotos-en-dolares-nid19052022/>.

Artículo 1.617 CCyC, por lo que la regulación que, directa o indirectamente, obstruyera, obstaculizara y aun impidiera su disposición (con los límites antes mencionados) sería susceptible de ser atacada por inconstitucional, desatendiendo al principio de legalidad del Artículo 19 CN.

El articulado del CCyC señalado condensa los principios y valores sostenidos en sociedades contractuales, lo que se vio también avalado por la jurisprudencia que ratificó la interpretación a favor del resguardo del derecho a la propiedad privada de los datos.

“[...] en un estado de derecho, el ciudadano es *propietario* de los datos que sobre él se registren; por lo tanto, ellos deben estar a su disposición para que sea él quien decida si los cede o en qué condiciones lo hace” (Fallos: 321:2767) [el destacado es propio y no del original].

IV. El Principio de la Autonomía de la Voluntad

A. Caracterización

Betti (1959: 43) define la Autonomía de la Voluntad como la “actividad o potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas”, por lo que podría considerarse que su expresión jurídica sirve como concepto aglutinante de la dignidad humana, la razón, la libertad; y refleja una convicción filosófica a favor de la organización jurídico-política que jerarquice como un fin en sí mismas a las personas, por oposición a la jerarquización superior de grupos o colectivos.

Este principio, al ser congruente con las previsiones constitucionales no solo previstas en el Artículo 19 CN⁹⁸ sino también en los Artículos 14, 16, 17, 19, 31, 33 –y según Gastaldi (2002), aun de los Artículos 42 y 43 de la reformada Constitución de 1994–, conlleva la ideología de la organización

98. Piana, R. S., “El principio de autonomía de la voluntad en el Derecho Constitucional argentino: su evolución jurisprudencial”, *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Edição Comemorativa 17 anos, 2016. Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/9638/1/autonomia-voluntad-obligaciones.pdf>.

jurídica argentina a favor de las libertades individuales y del individuo como centro moral de la sociedad.

En atención a este importante principio, las partes de un contrato son percibidas como ontológicamente iguales, es decir, ostentan los mismos derechos y capacidades para asumir obligaciones, crear y ver cumplidas las expectativas surgidas del contrato y sujetarse a los mismos lineamientos jurídicos que afecten su actuación y a las consecuencias del mismo. Es decir, las partes son institucionalmente consideradas como iguales *ante la ley*, siendo que es materialmente imposible lograr niveles satisfactorios de justicia y eficiencia procurando la igualdad *de resultados*.⁹⁹ De ahí que este principio refleja una preferencia filosófica por la apriorística, es decir, con anterioridad a considerar sus condiciones personales o circunstanciales que pudieran afectar a las distintas personas.¹⁰⁰

Pero no debe interpretarse que la autonomía de la voluntad es un vehículo para la promoción de conductas perjudiciales para terceros que tomen en cuenta y consideración cualquier preferencia individual. Por el contrario, precisamente, es esta libertad apriorística la que entiende al individuo *en sociedad*; es decir, inter e intrarrelacionado con los demás, sin quienes su subsistencia sería imposible, sirviendo también de guía para la asignación de derechos y obligaciones concurrentes con las decisiones tomadas en el marco de la convivencia en sociedad.

El jurista Santos Cifuentes tiene dicho:

“La autonomía o autodeterminación no es hacer lo que se quiera, sino lo que responsablemente se quiera. Requiere entender lo que se quiere y se hace. Requiere no dañar o perjudicar a los otros. Tiene, como todo lo del Derecho, una dimensión relativa. Pero, aún desde esta dimensión, la autonomía es lo que permite elegir

99. Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia* (2nd ed.). Basic Books, 2006.

100. Sin embargo, y lamentablemente, este postulado no es unánime y pacíficamente aceptado. Parte de la doctrina considera a ciertos consumidores como “hiposuficientes”, apartándose de la visión que magnifica al individuo, para adherir a la visión que entiende a ciertos hombres como “débiles”, o incapaces de determinar su propio destino. Y ello, por ninguna otra razón que observar, a tales fines, características externas o condiciones particulares puntuales. Lorenzetti, R., “Comercio electrónico y defensa del consumidor”, *La Ley* (2000-D).

entre varias opciones y tal posibilidad es lo destacable del ser humano, lo que conforma su dignidad. [...] La mirada del jurista sobre este luminoso haz de derechos subjetivos debe descansar en su aspecto individual y no en otros esenciales y principales aspectos, como el de los derechos sociales, comunitarios o colectivos. Es un sector de lo propiamente egoísta, del yo en sí mismo. Mi cuerpo, mi vida, mi espíritu”¹⁰¹ (Cifuentes, 2001: 299).

La importancia de la autonomía de la voluntad para el desarrollo integral de una sociedad es determinante, y su mayor o menor adopción conlleva la existencia de sociedades más o menos justas y eficientes. En aquellas que se organicen en atención a este principio, las relaciones humanas y los intercambios voluntarios facilitan no solo una convivencia pacífica, con más altos niveles de calidad institucional (Krause, 2019) y de desarrollo humano, sino también con mayores niveles de crecimiento y desarrollo en todas las esferas que hacen a la vida humana.

En cambio, sociedades en las que la autonomía de la voluntad se vea debilitada frente a las asignaciones (de derechos, obligaciones y resultados) dispuestas por un regulador centralizado serían más susceptibles a sufrir errores asignativos (de derechos, obligaciones y resultados) que, con independencia de la buena voluntad y aspiraciones de los reguladores, estarían sujetas a los problemas de falta de información perfecta,¹⁰² grupos de presión e incentivos divergentes para gobernados y gobernantes.¹⁰³

B. Aspectos contractuales de la Autonomía de la Voluntad

Los contratos conllevan en sí mismos la validez empírica de los infinitos modos de realizar los intercambios, los que –a su vez– imponen la necesidad de considerar varios aspectos: los términos y condiciones a los que

101. Cifuentes, S., *Elementos de Derecho Civil. Parte General* (4ª ed.), Astrea, 1999.

102. Hayek, F. A., “The Use of Knowledge in Society”, *The American Economic Review*, XXXV (Four), 519-530, 1945. Disponible en https://www.kysq.org/docs/Hayek_45.pdf.

103. Buchanan, J. & Tullock, G., *The Collected Works of James M. Buchanan, Vol. 3. The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, with a Foreword by Robert D. Tollison. Liberty Fund Inc., 1999.

las partes arriben, los derechos y las obligaciones asumidos, las previsiones sobre la ejecutoriedad de los contratos celebrados y los eventuales remedios a su incumplimiento dependerán del marco institucional en el que se encuadre su negociación, celebración y ejecución.

En tanto cada una de estas etapas conlleva costos de transacción,¹⁰⁴ una certera asignación de derechos de propiedad permite economizarlos al máximo posible, siendo el sistema de precios¹⁰⁵ el mecanismo más idóneo para transmitir la información necesaria a los fines de determinar cuál sería la más correcta¹⁰⁶ asignación de recursos.¹⁰⁷

Esto se debe a que mediante la asignación de derechos de propiedad, y en la medida en la que el sistema jurídico facilite los intercambios, los contratos reflejarán los derechos y obligaciones asumidos según la escala de preferencias de cada uno de los contratantes, lo que, a su vez, dependerá de la valoración subjetiva que ellos tengan de los bienes y servicios intercambiados.¹⁰⁸ De ahí que la asignación de recursos por medios contractuales alcanza niveles Pareto-eficientes superiores a otros mecanismos de asignación,¹⁰⁹ en la medida que los contratos sean celebrados en mérito a la voluntad y discernimiento de sus partes, y a la información disponible con anterioridad a la celebración.

Los principios y valores que hacen posibles los contratos (la libertad y el derecho de propiedad) se encuentran garantizados por la Constitución Nacional, en atención a la cual el sistema jurídico argentino sostiene, como punto de partida, la preferencia institucional del país por el sistema de libre

104. Coase, R., "The Problem of...", *op. cit.*, nota 13.

105. Hayek, F. A., "The Use of...", *op. cit.*, nota 102.

106. Por "correcta" se entiende la asignación de recursos a quienes más los valoren. Esto implica la generación de incentivos a favor de la protección y la multiplicación de los recursos, Hardin, G., "The Tragedy of the Commons", *Science*, 162 (3859), 1243-1248, 1968, December 13. Disponible en <https://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>.

107. En la medida en que esos precios no sufran intervenciones que distorsionen la información transmitida.

108. Rothbard, M. N., *El Hombre, la Economía y el Estado* (7ª ed.), ESEADE, 2004, p. 35.

109. Krause, M. E., *Economía, Instituciones y Políticas Públicas*, La Ley, 2011, p. 30 y ss.

mercado, del cual los contratos son parte indivisible.¹¹⁰ Shina¹¹¹ sugiere que se ha experimentado “un sostenido retroceso de la regla de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como ejes exclusivos y excluyentes de la teoría general del acto jurídico de la que deriva el contrato”, postulado este que no plantea mayores discrepancias.

La expansión del “poder de policía” del Estado, y la concreción (paulatina pero sostenida) del denominado Estado de Bienestar, a partir de la crisis de los años '30 en los Estados Unidos, llevó a que la autonomía de la voluntad se viera cada vez más cercenada. Y su campo de aplicación cada vez más limitado a las determinaciones regulatorias y la positivización legislativa de múltiples y aun mínimos aspectos de la vida privada.¹¹²

Esta “licuación” del principio de la Autonomía de la Voluntad resulta sumamente lamentable, ya que la libertad contractual jamás fue admitida

110. Hayek, F. A., *Derecho...*, op. cit., nota 70; Boffi Boggero, L. M., *Tratado de las Obligaciones*, Astrea, 1979, p. 47.

111. Shina, F., *La autonomía de la voluntad como regla contrafáctica. El derrumbe del Derecho Privado tradicional*, ID SALJ: DACF200015, 2020, Febrero 7. Disponible en <https://bit.ly/3R2kHZJ>.

112. La mutación del derecho privado hacia el derecho público en el campo de los contratos de trabajo sirve como sonado ejemplo de estas estimaciones. En 1929, en autos “Kot, Samuel S.R.L.”, sostuvo: “Al atribuirse al Congreso la facultad de dictar el Código Civil se ha querido poner en sus manos lo referente a la organización de la familia, a los derechos reales, a las sucesiones, a las obligaciones y, entre las últimas, a los contratos, es decir, todo lo que constituye el derecho común de los particulares considerados en el aspecto de sus relaciones privadas. El Código Civil ha legislado sobre la locación de servicios en el cap. VIII del libro II, sección 3ª, tomo VI, calificándolo de contrato consensual y expresando que tiene lugar cuando una de las partes se obligara a prestar un servicio y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Artículos 1623, 1140, 1494 y 1349. La ley de salario mínimo, no sólo modificaría la institución de la locación de servicios en el contenido de los artículos citados, sino el de todos los relativos a la libertad de convenir, a la autonomía de la libertad individual, sancionada como norma legal para toda la República por el artículo 1197, y se habría, además, alterado los principios que rigen la incapacidad de contratar; al crear la que resulta para el empleador y para el obrero de no poder ajustar un salario inferior al mínimo señalado, ampliando así el artículo 1160 del Código Civil, y por ello, con ocasión del más difundido e importante de los contratos legislados en aquél, mediante el cual el trabajo y otros servicios se cambian por dinero o por otras formas de propiedad” (Fallos: 156:20).

ni interpretada como absoluta.¹¹³ Por el contrario, tanto el antiguo Código Civil como la interpretación jurisprudencial hasta los primeros años del siglo XX recalcaron el carácter relativo de este principio, equiparándolo a los demás derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por las normas dictadas en consecuencia.

Afortunadamente, el Código Civil y Comercial mantuvo incólume la primacía del principio de la Autonomía de la Voluntad como condición *sine qua non* para determinar la validez de los actos jurídicos en general, y de los contratos en particular. Los Artículos 259 a 264 CCyC definen y regulan a aquellos actos llevados a cabo por las personas, con la voluntad, el discernimiento y la libertad como elementos condicionantes para la asignación de efectos jurídicos.

El elemento volitivo importa e implica la adopción del sistema jurídico argentino a la concepción que asume la existencia del libre albedrío en los hombres¹¹⁴ y su consecuente entidad ontológica, descartando de plano el determinismo que libera de responsabilidad por las elecciones tomadas en consecuencia, precisamente, de la voluntad individual.

C. El contrato de entrega de datos

Con el advenimiento de la tecnología, los contratos encontraron un nuevo soporte para su formalización. Por sus características de virtualidad y globalización Internet planteó una novedad en cuanto a la determinación tradicional de leyes aplicables y fueros de competencia.¹¹⁵

Pero los elementos esenciales de las vinculaciones en ambientes virtuales no han sufrido cambios ni limitaciones que los diferencien sustantivamente de los contratos celebrados en forma tradicional.

113. Ver Fallos: 130:360; 157:28; 172:21; 217:145, 249: 252; 256:24; 57:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325: 11, entre muchos otros.

114. Morgenbesser, S. & Walsh, J., *Free Will*. Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N. J., 1962.

115. Piaggi, A., "El Comercio Electrónico y el Nuevo Escenario de los Negocios", *IJ Editores*, 1999, diciembre 15, p. 3. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=27414&print=2>.

En ese marco, como condición de acceso a las *apps*, o en general, a los servicios de base tecnológica “gratuitos”, las empresas proveedoras requieren que los usuarios manifiesten su conformidad con los términos y condiciones de acceso, los que consisten, jurídicamente, en contratos de adhesión que se perfeccionan con tan solo apretar el botón de “acepto” que estos sistemas suelen incluir.¹¹⁶

Estos contratos están expresamente admitidos en los Artículos 984 a 987 CCyC, por lo que su soporte electrónico no impide ni inhabilita su validez como herramientas de manifestación de la voluntad de los usuarios.

El Artículo 260 del Código Civil y Comercial (CCyC) define que un acto se entiende como voluntario cuando se otorga con discernimiento y voluntad; el Artículo 971 CCyC refiere a la formación del consentimiento para tener al acto como legítimamente concluido, y el Artículo 1145 CCyC admite que el consentimiento pueda ser manifestado de forma expresa o tácita.

Sin embargo, no toda la doctrina acuerda con esta posición. Ben-Shahar & Schneider (2011: 671) sostienen que la información previa a obtener el consentimiento de los usuarios, e incluida en los términos y condiciones sobre el manejo de los datos entregados, suele resultar sumamente complicada, extensa e imposible de leer por cualquier usuario razonablemente normal.¹¹⁷

Pero esta modalidad de expresar el consentimiento no solo resulta lógicamente consecuente de la virtualidad propia de los contratos electrónicos, sino que –desde una perspectiva jurídica– también puede ser defendida por resultar, eventualmente, obligatoria como consecuencia de lo previsto en el último párrafo del Artículo 1 CCyC.

Como se mencionó más arriba, el principio de la Autonomía de la Voluntad que enmarca estas prácticas (y aun la regulación que entrona dicho principio) ha sido debilitado como consecuencia de la expansión de la

116. Altmark, D. y Molina Quiroga, R., *Tratado de Derecho Informático. Vol. I*. Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 135-137, no dudan de que se trata de contratos de adhesión (los que se denominan *click-wrap contracts*).

117. “[...] roughly 1 in 1000 people actually scrolls through online boilerplate when it is disclosed prior to the agreement”, Ben-Shahar, O. & Schneider, C. E., “The Failure of Mandated Disclosure”, *University of Pennsylvania Law Review*, 159, 647-749, 2011. [Aproximadamente 1 de cada 1000 personas efectivamente se desplaza hacia abajo en el documento que es informado antes del acuerdo].

legislación, la doctrina y la jurisprudencia que colectivizan a los usuarios bajo la figura de los “consumidores”. Y aún más grave, impone –en general– una visión maniquea de la realidad, endilgando la calificación normativa de “parte débil”¹¹⁸ a los consumidores¹¹⁹ frente a las “partes fuertes” de los contratos: los proveedores o productores de los bienes y servicios consumidos. Calificaciones estas que responden a criterios netamente normativos, y sobre las que no se han encontrado evidencias objetivas que las sustenten.

Mosset Iturraspe¹²⁰ resume la concepción general del *consumidor* adoptada por la mayoría de los autores. Con relación a los contratantes que optan por celebrar contratos de adhesión, este autor los entiende como “la parte débil, necesitada, inexperta o ligera [...]”.

De ahí la preocupación de algunos, especialmente anclada en la modalidad de manifestar la voluntad mediante un *click* de aceptación a los términos y condiciones de las páginas, las plataformas, las redes sociales, las apps, y en general, la totalidad de los servicios disponibles en medios tecnológicos o virtuales.

Pero los Artículos 22, 23, 45, 234, 238, 259, 260, 262, 264 y 398 del CCyC ratifican, de manera contundente, la validez del mecanismo. Los Artículos 984 a 989 CCyC expresamente admiten, y regulan, la celebración de contratos de adhesión, mientras que el Artículo 985 CCyC extiende la aplicación del anterior artículo a los contratos electrónicos.

118. La Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior llevó al extremo esta colectivización y concepción de los individuos –considero– ofensiva y discriminatoria, al determinar la identificación de consumidores “hipervulnerables”, entre otros a las personas pertenecientes al colectivo LGBTIQ+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); a los migrantes o turistas; y a los monotributistas, por solo mencionar a algunos.

119. Alterini, A. A., *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General*, Abeledo Perrot, 1999, p. 38; Rusconi, D. D. (dir.), *Manual de Derecho del Consumidor*. Abeledo Perrot, 2019, Hernández, C., y Frustagli, S. A., “A diez años de la ley de defensa del consumidor. Panorama jurisprudencial”, *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis 2003-IV-1541. <http://jlep.net/home/wp-content/uploads/2019/01/JLEP-Volume-15-1.pdf>; Marhaba, S., “Sobreendudamiento del consumidor: un constante debate”, *Erreius Online*, 2020; Wajntraub, J., *Justicia...*, *op. cit.*, nota 83, pp. 214-215, Lorenzetti, “Comercio...”, *op. cit.*, nota 97.

120. Mosset Iturraspe, J., “La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Extracontractual”, *Revista de Derecho de Daños* 2003-2ª ed., Rubinzal Culzoni, 2003.

En síntesis, hacer *click* en el botón de “acepto” de las plataformas y servicios tecnológicos es una manifestación de la autonomía de la voluntad, y de la libertad de los usuarios de esos servicios, considerados así, en lugar de colectivizados bajo la condición de “consumidores”.

Y asumiendo al principio de la Autonomía de la Voluntad como fundamento de esta elección, es muy difícil evitar relacionar la esfera jurídica con el cálculo que, al aceptar el contrato electrónico de adhesión, les indica que hacerlo significará beneficios superiores al costo de oportunidad de no hacerlo. Y de los riesgos que con la adhesión se asumen.

V. Conclusiones

El crecimiento exponencial y sostenido del uso de las nuevas tecnologías ha generado cambios copernicanos en los modos de relacionarse, producir e intercambiar en las sociedades. El desarrollo de la Inteligencia Artificial, *el Machine Learning* y *el Deep Learning* han arrojado aumentos inéditos en los niveles de productividad económica en todas las industrias.¹²¹ Para su desarrollo, estas tecnologías, basadas en algoritmos matemáticos con la capacidad de predecir y autogenerar resultados, demandan ingentes, exorbitantes cantidades de datos de los cuales “nutrirse” hasta alcanzar esos objetivos.

Sin embargo, una mayor comprensión técnica de estos sistemas informa que no cualquier “dato” sirve a tales fines, sino que un costoso proceso de

121. Oliner, S. D., & Sichel, D., “Information Technology and productivity: where are we now and where are we going?”, *Federal Reserve Bank of Atlanta Economic Review*, 3, 15-44. Disponible en <https://ideas.repec.org/p/fip/fedgfe/2002-29.html>, Oliner, S. D. & Sichel, D., “The Resurgence of Growth in the Late 1990s: Is Information Technology the Story?”, *Journal of Economic Perspectives*, 14(4), 3-22 (2000), Jorgenson, D. W., Ho, M. S. & Stiroh, K. J., “Projecting Productivity Growth: Lessons from the U.S. Growth Resurgence”, Discussion Paper 02-42. AgEcon Search. Research in Agricultural and Applied Economics, 2002. Disponible en <https://ageconsearch.umn.edu/record/10613/>. Daveri, F., “Growth and Employment Effects of Information and Communication Technologies in Europe”, *STAR Issue Report*. University of Parma and IGIER, 2003. Disponible en https://www.researchgate.net/profile/Francesco_Daveri2/publication/228391204_Growth_and_Employment_Effects_of_Information_and_Communication_Technologies_in_Europe/links/0deec520d59513c65e000000.pdf.

depuración, limpieza y etiquetado es necesario para que los datos obtenidos sean útiles al desarrollo de estas tecnologías, haciendo imperativa la despersonalización de los datos primarios obtenidos de los usuarios de Internet.

La expansión de los productos y servicios tecnológicos, y la dispersión de fuentes como bienes y servicios disponibles en internet, plataformas, *apps*, servicios de *streaming* y redes sociales, por ejemplo, han motivado la preocupación de políticos y juristas por la protección de los datos de los usuarios. En atención a las potenciales afectaciones a los derechos a la dignidad y a la privacidad, una notable mayoría de voces se escuchan proponiendo más regulaciones, más restrictivas, que aumenten los “derechos” de los usuarios y que, consecuentemente, limiten las actividades productivas de estas empresas de base tecnológica.

Se considera que esta visión plantea una deficiencia metodológica, en tanto observa la problemática de la protección de datos personales y las nuevas tecnologías desde una perspectiva jurídica unidimensional.

Sin lugar a dudas, la protección de los datos personales es crítica como política legislativa, en tanto los datos son uno de los canales por los que se concreta el constitucional derecho a la privacidad. Un derecho que encarna la cosmovisión adoptada por la República Argentina desde su Constitución Nacional de 1853, y que radica sus preceptos en la idea del individuo como centro de imputación de derechos y obligaciones.

Es, precisamente, esa magnificencia del hombre la que obliga a velar no solo por su privacidad, sino por el concierto de derechos inalienables y previos a cualquier legislación o regulación de su conducta en sociedad.

Entre ellos, la libertad, también individual, que se concreta –en la práctica– bajo el paraguas que contiene las más variadas relaciones humanas y se encarna jurídicamente en el principio de la Autonomía de la Voluntad.

Una aproximación interdisciplinaria a la problemática de las nuevas tecnologías y la protección de datos personales incluye el análisis de la realidad económica que esta industria significa en la actualidad. El impacto que estos intercambios tienen en el sistema de producción y de consumo hacen que la teoría jurídica y la teoría económica de los contratos resulten indisolublemente ligadas,¹²² por lo que toda aproximación al tema que se enfoque

122. Wonnell, C. (1986), “Contract Law and the Austrian School of Economics”, *Fordham Law Review*, 54, 507-543. 6.

en uno solo de esos campos del saber podría arrojar conclusiones limitadas, con importantes consecuencias negativas para la sociedad en su conjunto.

Los aumentos en la productividad logrados en mérito a las nuevas tecnologías implican el aumento de la capitalización de mercado de las sociedades, lo que a su vez significa el aumento de la calidad de bienes y servicios, salarios y de las condiciones generales. Esto así, ya que las mejoras en los índices de productividad no significan beneficios únicamente para los productores. Los consumidores son también beneficiarios de la expansión de la oferta, y la competencia por su preferencia se concreta en bienes de mejor calidad y precio.

Pero para que estos sean los resultados obtenidos es imprescindible que los esquemas legales sean respetuosos de los vínculos contractuales, consecuentes del derecho a la propiedad privada, dado que son los contratos los que facilitan y promueven mayores intercambios, la más correcta asignación de recursos, y reflejo certero de la valoración subjetiva que tienen las partes de los contratos de los bienes y servicios intercambiados.

Consecuentemente, la sanción de legislaciones restrictivas de las industrias tecnológicas, que descuiden el principio de la Autonomía de la Voluntad como elemento aglutinador de la dignidad y los derechos individuales de los hombres, y que observen exclusivamente la protección de los datos personales, es el resultado de una técnica legislativa que resulta insuficiente, y cuyo desequilibrio generaría los peores incentivos.

Pero no debe concluirse del párrafo anterior que se pregona un sistema completamente desregulado y librado a los intereses particulares de ninguna de las partes. Por el contrario, se celebra el contundente marco regulatorio vigente en la Argentina, y definido a favor de la protección y la tutela de los derechos que hacen al individuo como eje rector de los intereses jurídicos, políticos y económicos. Aun y a pesar de la expansión del poder de policía del Estado y del Estado de Bienestar, los *fundamentos filosóficos* de la organización jurídico-política de esta Nación resultan los más justos y eficientes.

La propuesta vertida en este trabajo consiste en promover regulaciones que, precisamente, no pierdan de vista la magnitud de la dignidad humana, arbitren mecanismos de expansión para la autonomía de la voluntad de las personas, promocionen sociedades abiertas y contractuales, y prevean mecanismos de férreo *enforcement* de las sanciones previstas para el incumplimiento de los acuerdos arribados, o el ejercicio abusivo de los derechos y obligaciones.

En el particular caso de las empresas de base tecnológica las evidencias cuantitativas vienen demostrando un gran éxito en las medidas de gobernanza aplicadas voluntariamente, y en favor de la protección de los datos personales de los usuarios. De no haber sido así, de haber sido usuales las violaciones a los derechos a la intimidad y a la dignidad, mucho antes de sancionarse la GDPR, los propios usuarios hubieran generado la caída de empresas, productos y servicios ofrecidos por las nuevas tecnologías.

Por el contrario, la tendencia en el crecimiento sostenido de la demanda (usuarios) y la oferta (productos y servicios) de soluciones tecnológicas indica que es parte del propio interés de los desarrolladores tutelar y proteger los datos obtenidos. O, en otras palabras, tutelar y proteger los insumos para la producción de esa industria.

A pesar de los serios desequilibrios fiscales, monetarios, inflacionarios, micro y macroeconómicos, legislación laboral e índices de seguridad jurídica que afectan actualmente a la Argentina, en términos de la regulación vigente en materia de protección de datos, el país se encuentra en una situación altamente favorable, considerada en el concierto internacional. Cuenta con un marco jurídico que genera los incentivos correctos, desde la perspectiva de las exigencias regulatorias en materia de protección de datos, para la instalación y desarrollo de empresas tecnológicas. Dispone de la habilidad y el talento de los recursos humanos imprescindibles para el éxito de estos emprendimientos. Y es aún un campo prácticamente inexplorado, por lo que las oportunidades para quienes se asienten en esta jurisdicción y quieran desarrollar emprendimientos de base tecnológica, son enormes.

Desatender la importancia económica de estas industrias motivará la migración de empresas existentes hacia jurisdicciones más amigables a la actividad económica, con la consecuente pérdida de las oportunidades para el aumento de la productividad, de la creación de riqueza, la empleabilidad de las personas y el aumento de los índices de capitalización, que son los verdaderos causantes de la creación de riqueza y el desarrollo de los países.

De ahí la importancia de velar y reforzar el diseño legislativo que regrese a las fuentes jurídicas de la Nación, y se organice en mérito a la observación del importante principio jurídico de la Autonomía de la Voluntad.

Bibliografía

- Aldaz, M., *Argentina: four companies account for 90% of video game turnover*, Atalayar, March 6, 2020. Disponible en <https://atalayar.com/en/content/argentina-four-companies-account-90-video-game-turnover>
- Allen, R., *The British Industrial Revolution in Global Perspective: How Commerce Created The Industrial Revolution and Modern Economic Growth*. Cambridge University Press, 2006.
- Alterini, A. A., *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General*. Abeledo Perrot, 1999.
- Altmark, D., y Molina Quiroga R., *Tratado de Derecho Informático*. Vol. I. Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2012.
- Amitha, M.; Aamuda, A.; Sivakumar, S. *Deep Learning Techniques: An Overview*. Proceedings of the International Conference on Advanced Machine Learning Technologies and Applications, Manipal, India, 13–15 Febrero 2020.. Disponible en https://doi.org/10.1007/978-981-15-3383-9_54
- Ayala-Rivera, V., and Pasquale, L., *The grace period has ended: An approach to operationalize GDPR requirements*. In 2018 IEEE 26th International Requirements Engineering Conference (RE)
- Bahl, V., *Clean Data Is the Foundation of Effective Machine Learning*. The New Stack. August 12, 2020. Disponible en <https://thenewstack.io/clean-data-is-the-foundation-of-effective-machine-learning/>
- Benegas Lynch (h), A. *Inteligencia Artificial*, Punto de Vista Económico, 5 de enero de 2020. Disponible en <https://puntodevistaeconomico.com/2020/01/05/inteligencia-artificial-por-alberto-benegas-lynch-h/>
- Ben-Shakar, O., & Schneider, C. E., *The Failure of Mandated Disclosure*, University of Pennsylvania Law Review, 159, 647-749, 2011.
- Boffi Boggero, L. M., *Tratado de las Obligaciones*. Astrea, 1979.
- Broughel, J., & Thierer, A. (2019), *Technological Innovation and Economic Growth: A Brief Report on the Evidence*. Mercatus Center–George Mason University. Disponible en <https://www.mercatus.org/system/files/broughel-technological-innovation-mercatus-research-v1.pdf>
- Brynjolfsson, E., *The Productivity Paradox of Information Technology: Review and Assessment*. Communications of the ACM, (Association for Computer Machinery), (1993, December), 36(12), 66-77. DOI 10.1145/163298.163309

- Buchanan, J., & Tullock, G. *The Collected Works of James M. Buchanan, Vol. 3. The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, with a Foreword by Robert D. Tollison. Liberty Fund Inc., 1999.
- Carro, P. (2021), *Claramente, Internet es un servicio público esencial*. TELAM. Disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202108/564979-claramente-internet-es-un-servicio-publico-esencial.html>
- Chen, P. and Lin, Z., *Artificial Intelligence in Education: A Review*, IEEE Access, vol. 8, pp. 75264-75278, 2020, DOI 10.1109/ACCESS.2020.2988510.
- Cifuentes, S., *Elementos de Derecho Civil. Parte General* (4° ed.). Astrea. 1999
- Coase, R. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law and Economics, III, 1-44, 1960, Octubre. Disponible en <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>
- Compte, J.M, Telcos. *La Justicia amplía una cautelar contra el DNU del Gobierno*, El Cronista Comercial, 01/04/2021. Disponible en <https://www.cronista.com/negocios/telcos-la-justicia-amplia-una-cautelar-contra-el-dnu-del-gobierno/>
- Cordes, J. and PEREZ, D., *Measuring costs and benefits of privacy controls: conceptual issues and empirical estimates*. Journal of Law, Economics & Policy, Volume 15, Winter 2018, Number 1.
- DARMOOUTH ARTIFICIAL INTELLIGENCE CONFERENCE. (1956). *BroadbandNow*. Disponible en https://broadbandnow.com/internet/ii_ai.htm
- Daveri F, D. F., *Growth and Employment Effects of Information and Communication Technologies in Europe*. STAR Issue Report. University of Parma and IGIER, 2003. Disponible en https://www.researchgate.net/profile/Francesco_Daveri2/publication/228391204_Growth_and_Employment_Effects_of_Information_and_Communication_Technologies_in_Europe/links/odeec520d59513c65e000000.pdf2
- De Loo, I., & Soete, L. (1999, April). *The Impact of Technology on Economic Growth: Some New Ideas and Empirical Considerations*. Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology, University of Maastricht. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/4769630_The_Impact_of_Technology_on_Economic_Growth_Some_New_Ideas_and_Empirical_Considerations

- Demsetz, H. (1967). *Toward a theory of property rights*. The American Economic Review, 57(2), 347-359
- ENTERPRISE BIG DATA FRAMEWORK. *A short history of Big Data. Where does Big Data come from?* 2019, Marzo 26. Disponible en <https://www.bigdataframework.org/short-history-of-big-data/>
- Epstein, R., *Can technological innovation survive government regulation?* 36 Harvard Journal of Law and Public Policy 87 (2013).
- EUROPEAN CENTRAL BANK SYSTEM, *How does innovation lead to growth?* 2017, Junio 27. Disponible en <https://www.ecb.europa.eu/ecb/educational/explainers/tell-me-more/html/growth.en.html>
- EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a Regulation Of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts {SEC(2021) 167 final}–{SWD(2021) 84 final}–{SWD(2021) 85 final}*. Disponible en <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>
- EUROSTAT (a). *Statistics Explained, Structural business statistics overview. Number of persons employed by enterprise size class, 2019 (as % of total employment), 2022*, Marzo. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Structural_business_statistics_overview
- EUROSTAT (b) . *Statistics Explained, Digital economy and society statistics–households and individuals, 2022*, Junio. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals
- EUROSTAT (c) *Statistics Explained, Digital economy and society statistics–households and individuals. Ordering or buying goods and services 2022*, Junio. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals#Ordering_or_buying_goods_and_services
- Faliero, J.C., *La Protección de Datos Personales*. Editorial Ad Hoc., 2020.
- Fenwick ,M. D., Kaal, W. A. and Vermeulen, E., *Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law?*, American University Business Law Review, Vol. 6, No. 3. Disponible en <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aublrvol6/iss3/1>

- Fernández Sessarego, C.. *¿Qué es ser persona para el Derecho?* Derecho Privado. Homenaje al Profesor Doctor Alberto Jesús Bueres. Hammurabi—J. L. Depalma Editor, 2002.
- Ferrajoli L., *Los Derechos Fundamentales en la Teoría del Derecho*. En *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Ed. Trotta, 2005.
- Frey C. B. y Presidente, G, The GDPR effect: How data privacy regulation shaped firm performance globally, *Vox EU*, CEPR, 2022, Marzo 10. Disponible en <https://cepr.org/voxeu/columns/gdpr-effect-how-data-privacy-regulation-shaped-firm-performance-globally>
- Fürber, C., *Data Quality Management with Semantic Technologies*. Springer Gabler, 2015.
- Gargarella, R., *La Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx*. Comp. Atilio Borón. Biblioteca CLACSO. 2000.
- Gény, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (1925). 2º ed. Madrid, España: Reus, 2000.
- González Allonca, J. C. y Ruiz Martínez, E., *Big Data: riesgos y desafíos en el tratamiento masivo de datos personales*. *Revista Jurídica La Ley* 2016-B.
- Gorodnichenko, Y. and Roland, G. *Individualism, innovation, and long-run growth*. *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS)*, Vol. 108 | No. supplement_4, 2011, Diciembre 23. Disponible en <https://doi.org/10.1073/pnas.1101933108>
- GRAMEEN BANK. Disponible en <https://grameenbank.org/>
- Guibourg, R., *¿Fundamento de los derechos humanos?*, 2012, Mayo 29. Material facilitado por el autor en el marco del Curso de Doctorado “Teoría de la Argumentación”. Programa de Doctorado, UBA, Facultad de Derecho.
- Hardin, G. *The Tragedy of the Commons*. *Science*, 162(3859), 1243-1248, 1968, December 13. Disponible en <https://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>
- Hayek, F. A, *The Use of Knowledge in Society*. *The American Economic Review*, XXXV (Four), 519-530, 1945. Disponible en https://www.kysq.org/docs/Hayek_45.pdf
- Hayek, F.A., *Derecho, Legislación y Libertad*. Unión Editorial, 2006.
- Hernández, C, y Frustagli, S.A, *A diez años de la ley de defensa del consumidor*. *Panorama jurisprudencial*. *Jurisprudencia Argentina-Lexis Nexis* 2003-IV-1541. Disponible en <http://jlep.net/home/wp-content/uploads/2019/01/JLEP-Volume-15-1.pdf>

- Hox JJ y Boeije, H, *Data Collection. Primary vs. Secondary*, Encyclopedia of Social Measurement, Elsevier, 2005.
- IBM CLOUD EDUCATION, *Data labeling*, 2021, Agosto 5. Disponible en <https://www.ibm.com/cloud/learn/data-labeling>
- IBM, *Cost of a Data Breach Report*, 2022. Disponible en <https://www.ibm.com/security/data-breach>
- INDEC, *Accesos a Internet. 2º trimestre 2022*. Informe Técnico vol. 6, N° 165, 2022, p. 4. Disponible en https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/internet_09_2260723E2261.pdf
- INFOBAE, *Barby Silenzi se sumó a la lista de famosas que venden sus fotos en una aplicación para adultos, ¿cuánto cuestan?* 2022, Abril 18. Disponible en <https://www.infobae.com/teleshows/2022/04/18/barby-silenzi-se-sumo-a-la-lista-de-famosas-que-venden-sus-fotos-en-una-aplicacion-para-adultos-cuanto-cuestan/>
- INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION (ITU), *Measuring digital development Facts and figures, 2021*, 2021. Disponible en <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2021.pdf>;
- Finnbarr, T., *AI is growing fast – and isn't set to slow down*, Techerati, 2021, Diciembre 10. Disponible en <https://www.techerati.com/features-hub/opinions/ai-is-growing-fast-and-isnt-set-to-slow-down/>
- Jorgenson, D.W., Ho, M.S. & Stiroh, K.J. *Projecting Productivity Growth: Lessons from the U.S. Growth Resurgence*. Discussion Paper 02-42. AgEcon Search. Research in Agricultural and Applied Economics., 2002. Disponible en <https://ageconsearch.umn.edu/record/10613/>
- Kirzner, I., *Entrepreneurship and the Market Approach to Development*. An essay in Toward Liberty: Essays in Honor of Ludwig von Mises on the Occasion of his 90th Birthday, September 29, 1971, vol. 2, ed. F.A. Hayek, Henry Hazlitt, Leonrad R. Read, Gustavo Velasco, and F.A. Harper (Menlo Park: Institute for Humane Studies, 1971). Disponible en <https://oll.libertyfund.org/page/kirzner-entrepreneurship-the-market-approach-to-development>
- Krause, M. E., *Economía, Instituciones y Políticas Públicas*. La Ley, 2011.
- Kurzweil, R. (2005). *The Singularity is near. When Humans Transcend Biology*. Viking Penguin.

- Lafuente, E, Acs, Z, Sanders, M y Serb, *The global technology frontier: productivity growth and the relevance of Kirznerian and Schumpeterian entrepreneurship*, Small Bus Econ 55, 153–178, 2020. Disponible en <https://doi.org/10.1007/s11187-019-00140-1>
- Llambías, J. J. *Tratado de Derecho Civil* (Decimosexta ed., Vol. I). Abeledo Perrot, 1995.
- López Murphy, J. J, *Inteligencia Artificial. Identificando los Desafíos en el Desarrollo de Soluciones*. Conferencia dictada en la Escuela ORT (Yatay), 15 de Agosto, 2019.
- Lorenzetti, R, *Comercio electrónico y defensa del consumidor*. La Ley (2000-D).
- Maletic, J y Marcus, A., *Data Cleansing. A Prelude to Knowledge Discovery*. En *Data Mining and Knowledge Discovery Handbook*, Oded Maimon y Lior Rokach, Editores. Springer Link, 2005.
- Marhaba, S., *Sobreendeudamiento del consumidor: un constante debate* Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor Erreius Online, 2020.
- Minhondo, J., López Murphy, J. J., Sponton, H., Migoya, M., & Englebienne, G. (2018). *Embracing the Power of AI*. Globant.
- Molero Moreno, C, Saiz Vicente, E., y Esteban Martínez, C, *Revisión Histórica del Concepto de Inteligencia: Una Aproximación A La Inteligencia Emocional*. Revista Latinoamericana de Psicología, 1998, Vol. 30 N° I L/-3d. Disponible en <https://riucv.ucv.es/bitstream/handle/20.500.12466/1240/80530101.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Morgenbesser, S & Walsh, J. *Free Will*. Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N.J., 1962
- Mosset Iturraspe, J., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Extracontractual*, Revista Latinoamericana de Derecho, N°. 1, 2004. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=4370>
- N'da, K., Robin, A., & Tribunella, T., *Economic Freedom and the Impact of Technology on Productivity*. Journal of Global Information Management (JGIM), IGI Global, 17(3), (2009, July) pp. 42-58. Disponible en <https://ideas.repec.org/a/igg/jgim00/v17y2009i3p42-58.html>.
- Nicolescu, B. *Technological Singularity: The Dark Side*. In Gibss, P (ed.) *Transdisciplinary Higher Education*. 1st ed. N.p.: Springer, .2017. Disponible en https://doi.org/10.1007/978-3-319-56185-1_11.

- NISO NATIONAL INFORMATION STANDARDS ORGANIZATION. *Understanding Metadata*, 2004. Disponible en https://www.lter.uaf.edu/metadata_files/UnderstandingMetadata.pdf
- Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia*, (2nd ed.). Basic Books, 2006.
- Oliner, S. D., & Sichel, D., *Information Technology and productivity: where are we now and where are we going?* Federal Reserve Bank of Atlanta Economic Review, 3, 15-44. Disponible en <https://ideas.repec.org/p/fip/fedgfe/2002-29.html>
- Oliner, S. D., & Sichel, D., *The Resurgence of Growth in the Late 1990s: Is Information Technology the Story?*, Journal of Economic Perspectives, 14(4), 3-22. (2000).
- Oppy, G. and Doe, D, *The Turing Test*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/turing-test/>
- ORACLE. *What is Data Warehouse?*, fecha n/d. Disponible en <https://www.oracle.com/database/what-is-a-data-warehouse/>
- Ortega y Gasset, J., *La Rebelión de las Masas*. La Guillotina, 2010.
- Palazzi, P., *Protección de Datos*. Doctrina y Jurisprudencia. Tomos 1 y 2. Praxis Jurídica, 2002.
- PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>
- Piaggi, A. *El Comercio Electrónico y el Nuevo Escenario de los Negocios*. IJ Editores. (1999, Diciembre 15, p. 3) Disponible en <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=27414&print=2>
- Piana, R.S, *El principio de autonomía de la voluntad en el Derecho Constitucional argentino: su evolución jurisprudencial*, Revista Jurídica da Presidência. Brasília · Edição Comemorativa 17 anos, 2016. Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/9638/1/autonomia-voluntad-obligaciones.pdf>
- Popper, K. *El Cuerpo y la Mente*, Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona. 1997.
- Popper, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Grupo Planeta (GBS), 2010.

- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. *Teoría del Derecho*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2019.
- Rivera, J. C., & CROVI, L. D. *Derecho Civil y Comercial. Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot, 2016.
- Rothbard, M. N., *El Hombre, la Economía y el Estado* (7º ed.). ESEADE. 2004.
- Rusconi, D.D. (Director) *Manual de Derecho del Consumidor*. Editorial Abeledo Perrot, 2019.
- Russell, S, and Norvig, P, *Artificial Intelligence A Modern Approach*, Third Edition, Prentice Hall Series on Artificial Intelligence, 2010.
- Rybnicek, J, *Report on the Digital Economy*. Section II. Report on the State of Competition in the Digital Economy. Innovation in the United States and Europe. Global Antitrust Report. George Mason University. 2020. Disponible en <https://gaidigitalreport.com/2020/08/09/introduction/>
- Ryngaert, C., Taylor, M. (2020). *The GDPR as Global Data Protection Regulation?* AJIL Unbound, 114, 5-9. Disponible en DOI:10.1017/aju.2019.80
- .
- Shapley, L.S. and Shubik, M., *Game Theory in Economics – Chapter 3. The Rules of the Game*, A report prepared under a grant from National Science Foundation. Rand Corporation. 1972, October. Disponible en <https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reports/2006/R904.3.pdf>
- Shina, F., *La autonomía de la voluntad como regla contrafáctica. El derrumbe del Derecho Privado tradicional*, ID SAIJ: DACF200015, 2020, Febrero 7. Disponible en <https://bit.ly/3R2kHZJ>
- Smith, A. *The wealth of nations* (Bantam Classics). (1776) Bantam Classics edition.
- STATISTA, *Number of small and medium-sized enterprises (SMEs) in the European Union (EU27) from 2008 to 2022, by size*. 2022, Agosto 16. Disponible en <https://www.statista.com/statistics/878412/number-of-smes-in-europe-by-size/>
- Strong, A. I., *Applications of artificial intelligence & associated technologies*. Science Proceeding of International Conference on Emerging Technologies in Engineering, Biomedical, Management and Science [ETEBMS-2016], 5-6 March 2016

- Stucke, M. E. and Grunes, A P., *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, 2016. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2849074>
- Tambou, O., *France: The French Approach to the GDPR Implementation*. Eur. Data Prot. L. Rev., 4, 88, 2018
- TN.COM.AR, *Flor Peña venderá sus fotos en una plataforma para adultos*, 2021, Diciembre 7. Disponible en <https://tn.com.ar/show/famosos/2021/12/07/flor-pena-vendera-sus-fotos-en-una-plataforma-para-adultos>
- LA NACIÓN, *El insólito error de Silvina Luna en la app para adultos donde vende sus fotos en dólares*, 2022, Mayo 19. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/espectaculos/el-insolito-error-de-silvina-luna-en-la-app-para-adultos-donde-vende-sus-fotos-en-dolares-nid19052022/>
- Vincent, J., *Google fixed its racist algorithm by removing gorillas from its image-labeling tech*. The Verge. 2018, Enero 12. Disponible en <https://www.theverge.com/2018/1/12/16882408/google-racist-gorillas-photo-recognition-algorithm-ai>
- Wajtraub, J., *Justicia del Consumidor. Nuevo Régimen de la Ley 26993*. Rubinzal –Culzoni, 2014.
- Wonnell, C. *Contract Law and the Austrian School of Economics*. Fordham Law Review, 54, 507 – 543, 1986.
- Wu, S., *A review on coarse warranty data and analysis*. Reliability Engineering & System Safety, 114, 1-11, Junio, 2013.
- Zhang, M. *AWS AI-Powered Health Data Masking: What Is it and How Does it Work?* Medium. (2019, Septiembre 20). Disponible en <https://medium.com/egen/aws-ai-powered-health-data-masking-what-is-it-and-how-does-it-work-c713a339d911>
- Zoldi, S., *Is Your AI Ready to Be Regulated? Lessons from GDPR*, Enterprise AI, 2022, Abril 14. Disponible en <https://www.enterpriseai.news/2022/04/14/is-your-ai-ready-to-be-regulated-lessons-from-gdpr/>

