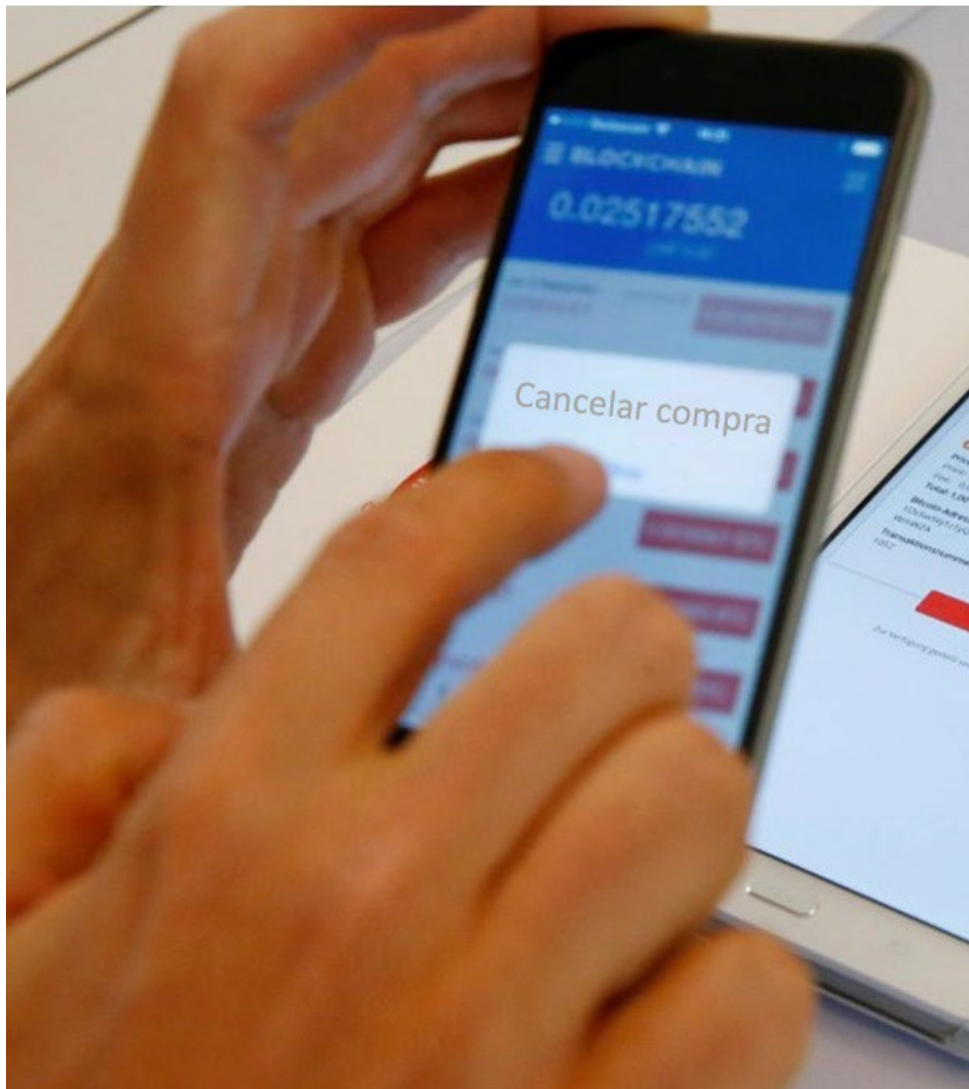




## BOTÓN DE ARREPENTIMIENTO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO



### Contratos electrónicos de consumo y el “botón de arrepentimiento”

SOBRE LA RESOLUCIÓN 424/2020 DE LA SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR Y SUS DERIVACIONES JURÍDICAS

*Gastón E. Bielli (\*) y Carlos J. Ordoñez (\*\*)*

**SUMARIO:** I. Introito.— II. El consumidor electrónico.— III. El proveedor digital de bienes y servicios.— IV. El contrato de consumo.— V. La oferta por parte de proveedores digitales de bienes y servicios.— VI. La aceptación del consumidor electrónico.— VII. Retracción de la aceptación. Interacción con la resolución 424/2020 y el “botón de arrepentimiento”.— VIII. Supuestos en los que no procede la implementación del botón de arrepentimiento.— IX. Derivaciones jurídicas del ejercicio del arrepentimiento virtual.— X. Incumplimiento de la implementación del botón de arrepentimiento en el portal de comercio electrónico.— XI. Eficacia probatoria del clic sobre el botón de arrepentimiento por parte del consumidor.— XII. Conclusiones.

→ Este botón cumple una doble finalidad en materia de contratos de consumos electrónicos. Por un lado, constituye una expresión más del derecho a la información y, específicamente, de todo aquello vinculado a retractación, simplificando en un ícono o imagen los rígidos términos de los preceptos legales para que

puedan ser comprendidos por sus destinatarios. Y por otro, se transforma en un atajo de suma importancia para poder materializar este derecho reconocido por el legislador del consumidor.

CONTINÚA EN PÁGINA 2

#### DOCTRINA

Contratos electrónicos de consumo y el “botón de arrepentimiento”  
Sobre la Resolución 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior y sus derivaciones jurídicas

*Gastón E. Bielli y Carlos J. Ordoñez*

1

El botón de arrepentimiento en los sitios *web* de comercio electrónico  
*Carlos E. Tambussi*

1

#### NOTA A FALLO

Las garantías constitucionales del emprendedor argentino  
Medidas cautelares, estabilidad y período de prueba

*Facundo A. Martín*

6

#### JURISPRUDENCIA

MEDIDA QUE ORDENA REINSTALAR A UN TRABAJADOR. Sentencia equiparable a definitiva. Sucesivos rechazos de apelaciones sin fundamento suficiente. Irreparabilidad del agravio. Disidencia (CS).

6

PRUEBA. Traslado de la oposición de la prueba ofrecida por la parte demandada. Revocación de sentencia (CNFed. Contenciosoadministrativo)

10

VACUNACIÓN EN PANDEMIA. Intimación a los progenitores de una niña para que concurran a un establecimiento médico a vacunar a su hija. Interés superior (CNCiv.)

11

SEGUROS. Solvencia de las aseguradoras. Organismo de contralor. Falta de legitimación pasiva. Competencia. Sucursales de la aseguradora (CNCiv.)

11

### El botón de arrepentimiento en los sitios *web* de comercio electrónico

*Carlos E. Tambussi (\*)*

→ El comercio electrónico ha revolucionado la actividad económica y el acceso al consumo. En tiempos de pandemia, donde la conectividad como medio y la contratación *web* como fin han cobrado especial relevancia, la

conducta de los proveedores desafía al derecho de usuarios y consumidores, en particular respecto al deber de información que les es exigible.

CONTINÚA EN PÁGINA 5

# Contratos electrónicos de consumo y el “botón de arrepentimiento”

● VIENE DE TAPA

## I. Introito

Ya hemos sostenido que la contratación electrónica está destinada a convertirse en la panacea de los contratos de consumo, absorbiendo año tras año un mayor número de consumidores de bienes y servicios que sucumben ante las grandes ventajas y facilidades que ofrece esta modalidad (1).

Este tipo de contratación, en comparación con su versión tradicional física, presenta un cúmulo de características intrínsecas que la hacen muy atractiva para el público consumidor; características estas que acarrearán determinadas consecuencias que el derecho debe contener y contemplar para preservar la seguridad jurídica de las transacciones y conservar la protección que el consumidor tiene como derecho fundamental (2).

La proliferación de los sitios web y de las aplicaciones para celulares especializados en la comercialización de bienes y servicios esconde detrás de sus algoritmos grandes limitaciones a la autonomía de la voluntad de sus usuarios, cuyo ejercicio se ve encofrado a seleccionar —o no— las opciones predispuestas por la plataforma, como así también al derecho a la información, pues es común que en las extensas condiciones generales y particulares de contratación que suelen poseer estos portales se reglen muchos aspectos contractuales que ni siquiera llegan a ser leídos por los consumidores, quienes sucumben ante el *clickwrap agreement*.

Asimismo, las publicidades masivas efectuadas en el ciberespacio presentan particularidades muy especiales en la configuración de la oferta y en el perfeccionamiento de la aceptación en materia de consumo.

Tampoco es ocioso remarcar que la tecnología aumenta la vulnerabilidad de los consumidores, y hasta en algunos aspectos puede ser excluyente, dado que para perfeccionar una contratación se requieren conocimientos, habilidades o “experiencia” informática, que no todas las personas de todas las edades están en condiciones de reunir (3).

La conjugación de estas variantes presenta un terreno más que fértil para generar desequilibrios contractuales en perjuicio de la parte más débil de la relación, que de alguna manera deben ser matizados por el régimen legal en aras de tutelar las derivaciones jurídicas de esa situación fáctica.

En esa senda, a través de la res. 424/2020 emanada de la Secretaría de Comercio Interior (4) se estableció que los proveedores que comercialicen bienes y servicios con consumidores, a través de páginas o aplicaciones web, deberán tener publicado obligatoriamente un enlace denominado “botón de arrepentimiento”.

Dicho *link* permitirá que los eventuales usuarios puedan retractar la aceptación a la oferta oportunamente emitida, de una manera fácil y accesible.

La cuestión no es menor, conforme se vino a solucionar una problemática de antaño en lo que hacía a la contratación electrónica y la protección de los consumidores en el hiperespacio. En este trabajo intentaremos desentrañar las implicancias teóricas y prácticas que tendrán lugar una vez que la resolución se torne operativa (5).

## II. El consumidor electrónico

La Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y el Código Civil y Comercial de la Nación, con idéntica redacción, consideran consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado a aquel quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1º, ley 24.240, y art. 1092, Cód. Civ. y Com.).

De esta definición podemos extraer, por un lado, la equiparación legal de la protección a los consumidores y usuarios, a quienes se les concede idéntica tutela jurídica, en consonancia con el mandato constitucional (art. 42, CN); y por otro, las diferencias conceptuales entre un consumidor y un usuario, en tanto se refieren a dos supuestos distintos.

Chamatropulos observa que si bien muchas veces se suele utilizar el término “consumidor” de manera genérica y omnicompreensiva, incluyendo no solo a los consumidores *stricto sensu*, sino también a los usuarios de servicios, lo correcto, en rigor de verdad (y lo que ordena la realidad económica), es poner en un pie de igualdad las nociones de “consumidor” y “usuario”, y no tratar a estos últimos como una categoría residual, ya que, fundamentalmente, en los últimos años, somos testigos de un crecimiento exponencial del concepto “servicios”, que ocupan un rol cada vez más preponderante, con una magnitud y volumen de negocios que no merece para nada un tratamiento secundario (6).

La amplitud del concepto legal permite incluir una innumerable cantidad de supuestos y resguardarlos bajo el ropaje de la legislación proteccionista del consumidor.

No obstante, nos interesa remarcar la existencia de un tipo específico de consumidor que se moviliza en un entorno virtual sin fronte-

ras, estructurado alrededor de parámetros de tiempo y espacio muy distintos del mundo real, y en donde la oferta de productos y servicios se codifica en algoritmos para trasladarse de un lugar a otro y poder llegar en forma instantánea a un número indeterminado de consumidores. Estos destinatarios se valen de artefactos electrónicos de diversa naturaleza, a fin de hacer inteligibles esos contenidos comerciales y, en su caso, aceptarlos.

Estamos hablando de los consumidores electrónicos, que son aquellos consumidores de bienes y servicios caracterizados por el empleo de medios electrónicos o digitales para el perfeccionamiento del contrato de consumo, cuyas especiales características ameritan un abordaje específico (7).

Colombo refiere que el consumidor digital es una categoría muy específica de consumidor, donde la relación de consumo se materializa a través de la utilización y/o adquisición de bienes y servicios vinculados a medios digitales y/o electrónicos, ya sea a título gratuito u oneroso. Las características de esta relación de consumo están dadas por la rapidez, la inmediatez y la vinculación *online* entre las partes a través de diversas plataformas, aplicaciones, dispositivos móviles y/o internet (8).

## III. El proveedor digital de bienes y servicios

La LDC (24.240) conceptualiza al proveedor como la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, cesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios (art. 2º). El Código Civil y Comercial de la Nación ensaya una definición similar, incluyendo el uso o goce familiar o social de bienes y servicios (art. 1092, Cód. Civ. y Com.).

La profesionalidad es un requisito que debe satisfacer la persona física o jurídica para poder ser catalogada como proveedor, sin que sea necesario que dicha actividad sea habitual, sino que también podrá ser ocasional, siempre y cuando cumpla con la exigencia de profesionalidad (9).

Rusconi explica que el concepto de proveedor se construye sobre la noción de profesionalidad, por lo que pueden darse casos de operaciones llevadas a cabo profesionalmente que no tengan una finalidad inmediata de rédito económico, no obstante lo cual dichas situaciones también quedan encuadradas dentro del ámbito de la LDC. No deben equipararse las nociones de “actuación profesional” y de “ánimo lucrativo”, y de esta última con la de “obtención de ganancias o renta”. Esos conceptos no son sinónimos y resulta imprescindible solo el primero de ellos para definir al sujeto proveedor (10).

Tampoco debemos asociar el concepto de proveedor a la existencia de una empresa de gran envergadura, por ejemplo, una sociedad anónima, ya que dentro de la calificación legal

también pueden quedar comprendidos una pyme, una *startup* o un comerciante.

Ahora bien, cuando las actividades referenciadas sobre bienes y servicios son desarrolladas de forma profesional a través de vías electrónicas de comunicación, prescindiendo de la interacción física con el consumidor o usuario, estaremos en presencia de un proveedor de naturaleza virtual. Obviamente, no se trata de un proveedor desmaterializado (en el sentido estricto de la palabra), sino de una persona física o jurídica que se vale del entorno electrónico para poder llevar adelante su actividad (11).

A diferencia del modelo tradicional, el proveedor virtual no requiere contar obligadamente con un establecimiento físico o material (empresa o negocio con atención al público) para llevar adelante su actividad, sino que, muy por el contrario, puede prescindir totalmente de aquel, ya que únicamente necesita redes informáticas de comunicación para ofrecer bienes y servicios a sus clientes y potenciales clientes, amén de contar con el respaldo de un estructurado proceso de distribución.

Esta modalidad ofrece un escenario muy distinto para los consumidores y usuarios, aumentando su situación de vulnerabilidad producto de las implicancias de esta “inmaterialización del negocio o establecimiento”.

La doctrina, tomando como referencia al comercio electrónico, señala que a veces es difícil reconocer al proveedor. La relación de consumo se da de diversos modos y en muchos casos con proveedores invisibles. Pensemos en los sistemas comerciales expertos. Estos sistemas son la cara visible de un proveedor que nadie conoce. Por su parte, el consumidor tiene pocas herramientas para cerciorarse de su responsabilidad y profesionalidad (12).

Chamatropulos destaca que hay que tener presente que si estos sujetos brindan bienes o servicios a consumidores serán considerados proveedores y, por lo tanto, tendrán que cumplir las mismas obligaciones que las compañías que gozan de “más espalda” y solidez. Es decir, la norma argentina no categoriza distintas clases de proveedores con base en su posición de mercado, envergadura económica, niveles determinados de facturación, etc. Sucede algo similar a lo que acontece con la Ley de Contrato de Trabajo, en la cual los grandes empleadores tienen, en general, las mismas obligaciones que los pequeños y medianos (13).

## IV. El contrato de consumo

La reforma y consecuente unificación de la legislación civil y comercial, plasmada en el Código Civil y Comercial de la Nación, trajo entre sus novedades la inclusión por primera vez del contrato de consumo entre los contratos que regula, reproduciendo varios aspectos de la normativa con la que hasta entonces contaba el consumidor para su protección: la norma constitucional y la ley 24.240, a lo que deben agregarse los criterios ya sentados por la doctrina judicial (14).

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado (UNLZ). Presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI). Director de la Comisión de Informática Jurídica e Inteligencia Artificial de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA). Secretario de la Comisión de Informática del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (ColProBA). Presidente de la Comisión de Derecho Informático del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora. Docente universitario de grado y posgrado (UBA - UNLZ). Maestrando en Derecho Procesal (UNR). Miembro del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE).

(\*\*) Abogado (UNMDP). Vicepresidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI). Miembro académico del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE). Secretario del Tribunal del Trabajo N° 4

de Mar del Plata. Docente de grado y posgrado, expositor en jornadas académicas en la materia. Doctorando en Derecho (UNMDP).

(1) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, t. II, p. 227.

(2) FALIERO, J. C. - BAROCELLI, S. S., “La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en internet”, LA LEY, 2017-B, 275; AR/DOC/872/2017.

(3) TAMBUSSI, C. E., “La relación entre los usuarios de plataformas de venta por internet y el proveedor del servicio: el caso ‘Kosten’”, RDCO 290-510; AP AR/DOC/3137/2018.

(4) Publicada en el BO del 05/10/2020, AR/LCON/8R8T.

(5) El art. 3º de la res. 424/2020 establece un plazo de

sesenta días corridos contados a partir de la publicación en el Boletín Oficial para que los proveedores adecúen sus sitios de internet de acuerdo con los términos establecidos en la presente medida.

(6) CHAMATROPULOS, D. A., “Estatuto del consumidor comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 2ª ed. aumentada, actualizada y reelaborada, *e-book disponible* en Thomson Reuters Proview, t. I, cap. I: “Disposiciones generales”.

(7) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., t. II, p. 230.

(8) COLOMBO, M. C., “Responsabilidad por daños causados por algoritmos en el derecho de consumo”, en ORDOÑEZ, C. J. (dir.), *Derecho y Tecnología*, Ed. Hammurabi, 2020, vol. 2.

(9) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., t. II, p. 234.

(10) RUSCONI, D. E. (dir.), “Manual de derecho del consumidor”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 213.

(11) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., t. II, p. 235.

(12) GAMEN, S. A., “El comercio electrónico y su problemática para el consumidor”, Erreius Online, septiembre/2016.

(13) CHAMATROPULOS, D. A., “Estatuto del consumidor comentado”, ob. cit., t. I, cap. I: “Disposiciones generales”.

(14) NALLAR, F., “Relación de consumo y contrato de consumo. Análisis comparativo de la ley 24.240, el Código Civil y Comercial y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, RDCO 299-1771; AR/DOC/1415/2019.

De ese modo, el Código se refiere al contrato de consumo como aquel celebrado entre un consumidor o usuario final y una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente, o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social (art. 1092, Cód. Civ. y Com.).

En dicha senda, Hernández remarca que la definición no da cuenta de un “concepto”, sino antes bien de una “tipificación” del contrato de consumo, que se presenta, así, como un nuevo paradigma de la “teoría general”. Dicho texto legal, además, expresa una clara dependencia con la noción de relación de consumo (art. 1092), desde que exhibe como su principal nota a las partes que lo perfeccionan, consumidor y proveedor, a quienes entiende conforme al alcance normativo dado a cada una de ellas, aunque, en el último supuesto, con una mayor apertura de la que resulta del art. 2º de la ley 24.240 (15).

#### V. La oferta por parte de proveedores digitales de bienes y servicios

Como es sabido, el consentimiento es un elemento esencial para la existencia del contrato, el cual se materializa mediante la propuesta realizada por el oferente y la aceptación de esta por parte del destinatario de dicha oferta.

Señala el Código Civil y Comercial, en su art. 971: “Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”.

Y la oferta implica una manifestación válida de voluntad, en la cual una persona le propone a otra un negocio jurídico o contratación, especificando los términos y condiciones de esta. En un sentido técnico, constituye una manifestación de voluntad unilateral y recepticia.

Al respecto, el art. 972 del Cód. Civ. y Com. establece: “La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”.

En lo específico a la contratación por medios electrónicos, nuestra doctrina conceptualiza la oferta electrónica como “aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos invitando a otra persona a la celebración de una convención que quedará perfecta con la sola aquiescencia de esta” (16).

Aclarado lo anterior, la LDC (24.240) específicamente prescribe: “La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones...” (art. 7º).

Esa indeterminación inicial de la oferta asume un rol protagónico en los contratos de consumo, en donde la propuesta se efectúa a un número indeterminado de individuos, a una masa indefinida de potenciales clientes

(en identidad y cantidad), cuya determinación preliminar es absolutamente imposible dadas las características de la propuesta, pero una vez que se perfecciona la operación adquiere una precisión absoluta, enmarcándose en la previsión legal (17).

Ahora bien, la oferta de bienes y servicios efectuada por vías electrónicas, y especialmente por internet, ofrece características distintas que la diferencian de la contratación tradicional.

Principalmente, debemos partir de la base de que, por lo general, son realizadas a través de condiciones generales preestablecidas. En la contratación electrónica en entornos web no suelen existir tratos preliminares propiamente dichos; hay solo una oferta predeterminada esperando el acercamiento del potencial aceptante, que deberá limitarse a aceptar su contenido, en el seno de una informatizada contratación de adhesión (18).

No obstante, esto se ha ido flexibilizando progresivamente, reduciendo la posibilidad de errores o vicios en las manifestaciones de voluntad de las partes.

Es que, hoy en día, las personas que utilizan la red global pueden acceder en forma previa a las condiciones generales del contrato antes de adquirir el bien o servicio, lo cual les permite conocer dichas condiciones en forma anticipada, en consonancia con el derecho a la información consagrado normativamente.

La realidad demuestra que la economía de mercado solo puede funcionar bajo un sistema de ofertas masivas de bienes y servicios lanzadas de manera indiscriminada al público, sin perjuicio de que en casos puntuales se eche mano a la oferta de carácter individual (19).

#### VI. La aceptación del consumidor electrónico

La aceptación constituye también una manifestación unilateral de voluntad, pero emanada del destinatario o receptor de la propuesta. Mediante la aceptación, el destinatario hace saber al oferente que está de acuerdo con la oferta.

El art. 980 del Cód. Civ. y Com. establece: “La aceptación perfecciona el contrato: a) entre presentes, cuando es manifestada; b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta”.

A su vez, el art. 1108 menciona expresamente: “Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación”.

Ahora bien, por aplicación conjunta de lo establecido en los arts. 980 y 1108 del Cód. Civ. y Com., en el caso de los contratos electrónicos donde participen consumidores, se puede afirmar que dichos acuerdos se perfeccionan cuando el consumidor envía su aceptación de la oferta al proveedor, por la vía electrónica establecida en el respectivo portal web, y dicho proveedor le envía al consumidor, por esa misma vía, la confirmación de la aceptación (20).

Como sostiene Maggio, con agudeza, cuando el oferente recibe la aceptación de la oferta por el consumidor se perfeccionará el contrato. El Código Civil y Comercial recepta la teoría de la recepción para el perfeccionamiento del contrato, conforme lo establece el art. 971. Por ello, la ley aplicable para su celebración será la del domicilio del oferente. Aquí aparece un elemento extra y exclusivo para las contrataciones efectuadas por medios electrónicos: la manifestación de voluntad que se traduce en la aceptación del consumidor debe ser procesada por el proveedor y, además, este debe comunicar al usuario, por vía electrónica y sin demora, que su aceptación ha sido recibida por el proveedor. De lo contrario, el usuario permanecerá en una situación de incertidumbre mientras no reciba dicha comunicación, desconociendo si el contrato se ha o no perfeccionado (21).

Dentro de este orden de ideas, resulta necesario hacer referencia a lo que se ha denominado la “aceptación mediante un clic”, la “aceptación online” o *clickwrap agreement* por parte del usuario o consumidor.

La tendencia actual en los portales web de *e-commerce* es obtener el consentimiento del usuario o consumidor a través del correspondiente enlace o *link* con la expresión “aceptar”, el cual es utilizado en la mayoría de los portales web en el momento en que una persona se registra como usuario o adquiere cualquier bien o servicio.

Esto implica la manifestación de la voluntad expresa del usuario o consumidor, aceptando los términos y condiciones y, en algunos casos, cualquier tipo de contrato u otro documento que le sea presentado por vía electrónica para su aceptación. Cabe recordar que todos los documentos mencionados revisten mayormente la forma de contratos de adhesión, no sujetos a discusión o modificación por parte del consumidor (22).

Sobre lo anterior, la jurisprudencia de otras latitudes se ha pronunciado sobre la plena validez y eficacia jurídica de los contratos aceptados a través de un clic en la opción “aceptar” del correspondiente portal web (23), lo cual se ha denominado *clickwrap agreement* (ya tratados) e implica que el usuario o consumidor da su consentimiento expreso al proveedor respectivo, aceptando su oferta y el respectivo contrato electrónico, mediante una pulsación o clickeo a través de su dispositivo.

#### VII. Retracción de la aceptación. Interacción con la resolución 424/2020 y el “botón de arrepentimiento”

Cabe señalar —aplicando la misma regla que hace posible el retiro de la propuesta— que el aceptante puede dejar sin efecto su aceptación, pero dentro de determinados límites.

Como premisa, el art. 981 del Cód. Civ. y Com. establece: “La aceptación puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella”.

Al respecto, el maestro Lorenzetti nos comenta que, a través de la retractación, el destinatario, en forma unilateral, priva de sus efectos a la aceptación que ha enviado previamente al oferente (24).

Ahora bien, en materia de consumo, el legislador establece un régimen específico, muy distinto del previsto en el art. 981 del Cód. Civ. y Com. (25), en donde se consagra la existencia de un derecho irrenunciable en cabeza del consumidor o usuario y que además se encuentra rodeado de una serie de garantías (v.gr., derecho a ser informado sobre la existencia de esta posibilidad y a ejercerla sin costo alguno).

Gil, con agudeza, refiere que de la misma forma en que se le permite al proveedor captar la voluntad distraída del usuario, se tolera, casi como un acto de compensación, que este se arrepienta de la compra y la deje sin efecto (26).

En efecto, la LDC (24.240) establece que el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez [10] días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna (art. 34).

De igual forma, el Código Civil y Comercial de la Nación prescribe que, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato. Agrega que las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos (art. 1110, Cód. Civ. y Com.).

Este derecho adquiere una especial relevancia en materia de contratación electrónica, particularmente en la adquisición de bienes materiales a través de internet, ya que estos únicamente pueden ser visualizados a través de imágenes (muchas veces sacadas en un estudio profesional y con trabajo de edición) y rara vez mediante la visualización de un video ilustrativo. Entonces, el consumidor toma contacto con el producto una vez que lo recibe en su domicilio o lo retira del lugar pactado (v.gr., establecimiento, correo, etc.), momento a partir del cual recién podrá verificar sus características, siendo más que razonable que se le conceda esta oportunidad (27).

La referencia al carácter irrenunciable de tal derecho, así como la invalidez de todo pacto por el que se limite o imposibilite el ejercicio de este derecho, establecida en el último párrafo del artículo, pone en evidencia su carácter de norma de orden público, indisponible para las partes (28).

Para que el consumidor o usuario puedan ejercer en debida forma este derecho de revocación, es importantísimo que ellos conozcan previamente su existencia, como así también los presupuestos que rodean su ejercicio.

Por esa razón, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1111, dispone: “El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho”.

#### { NOTAS }

(15) HERNANDEZ, C. A., “El ‘contrato de consumo’ en el contexto de la ‘teoría general del contrato’”. A propósito del Código Civil y Comercial (expresión de una nueva estructura tipológica), SJA del 30/03/2016, II; JA 2016-I; AP AR/DOC/4158/2016.

(16) CARRASCO BLANC, H., “Contratación electrónica y contratos informáticos”, Ed. La Ley, 1999, p. 304.

(17) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., t. II, p. 256.

(18) FERNÁNDEZ, R., “El contrato electrónico. Formación y cumplimiento”, Ed. Bosch, España, 2013, p. 69.

(19) CHAMATROPULOS, D. A., “Estatuto del consumidor comentado”, ob. cit., t. I, cap. III: “Condiciones de la oferta y venta”.

(20) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., t. II, p. 272.

(21) MAGGIO, L. F., “Contratos electrónicos”, *Microjuris* del 11/06/2019.

(22) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., t. II, p. 273.

(23) “Feldman v. Google Inc.”, 513 F. Supp. 2d 229 (ED Pa. 2007); “Specht v. Netscape”, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002),

y “Bragg v. Linden Research Inc.”, 487 F. Supp. 2d 593 (ED Penn. 2007). Analizados en GALLO, G., “Análisis de los *clickwrap* a través del caso ‘Hotmail’”, disponible en <http://www.deltosinformaticos.com/trabajos/clickwrap.htm>.

(24) LORENZETTI, R. L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, t. V, p. 630.

(25) Art. 981, Cód. Civ. y Com.: “La aceptación puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella”.

(26) GIL, A. E., “El impacto del comercio electrónico en

el Código Civil y Comercial”, *elDial.com, Suplemento Derechos del Consumidor*, abril/2016.

(27) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., t. II, p. 276.

(28) STIGLITZ, R., en HERRERA, Marisa - CARAMELLO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. III, p. 511.

El derecho a la información, característico de las relaciones de consumo, despliega todo su esplendor en materia de revocación de la aceptación, cumpliendo en los pasillos tribunales un rol preponderante en la especie (29).

A esta previsión debemos sumarle que el mentado art. 34 de la ley 24.240 exige que el vendedor informe al consumidor por escrito sobre esta facultad. Este requisito toma una dimensión especial en materia de contratación electrónica (v.gr., *e-commerce*), ya que el sitio web o la *app* celular están constreñidos a respetar el precepto legal.

Lo preceptuado por las normas comentadas tiene por finalidad proteger al consumidor, a los fines de que no sea sorprendido en su buena fe, ante la rapidez con que se efectúan las compras de bienes o la contratación de servicios por vía electrónica, las que siempre implican la adhesión del consumidor a un contrato cuyo texto no puede revisarse con detenimiento ni discutir o modificar (30).

En esa senda, la res. 424/2020 consagra la obligatoriedad de instauración del “botón de arrepentimiento” por parte de todos aquellos proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web, en atención a lo que ya hemos estipulado previamente sobre los arts. 1110 del Cód. Civ. y Com. y 34 de la LDC.

Constituye un gran acierto permitirle al consumidor ejercer este derecho de una manera tan sencilla y valiéndose de las mismas vías que utilizó para expresar su consentimiento inicial en la contratación, de modo tal que los proveedores no podrán imponerle condiciones especiales más gravosas (31).

Su art. 2º agrega que el botón de arrepentimiento deberá ser un *link* de acceso fácil y directo desde la página de inicio del sitio de internet institucional de los sujetos obligados y ocupar un lugar destacado, en cuanto a visibilidad y tamaño, no dejando lugar a dudas respecto del trámite seleccionado.

Asimismo, consideramos que dicho botón que haga las veces de enlace deberá ser sumamente notorio, revistiendo un carácter diferencial en lo relativo a colores, tamaño y tipo de texto, entre otras consideraciones, respecto de los demás elementos propios que existan en dicha página del sitio web.

Lo explayado se produce en miramiento de que es costumbre, en los portales masivos de compraventa, esconder de la manera más disimulada posible todos los accesos a opciones que impliquen la terminación de la contratación electrónica, dificultando la operabilidad del consumidor.

La lógica indica que su utilización debería encontrarse disponible únicamente durante el lapso legal válido para el retiro de la aceptación, vale decir, diez días corridos contados desde la entrega del bien o la celebración del contrato, según lo que acontezca en último término. Las grandes ventajas que ofrecen las tecnologías de la información y las comunicaciones permitirían inclusive que se enseñe el tiempo útil para utilización de la opción a modo de cuenta regresiva, por ejemplo, “le quedan cinco días para arrepentirse de la operación”, y así sucesivamente.

No es ocioso remarcar que la inclusión del botón en el sitio web no exime al proveedor de satisfacer en debida forma la exigencia legal de adecuada información sobre el ejercicio de esta facultad de revocación de la aceptación. En otras palabras, se trata de dos mecanismos independientes y no excluyentes entre sí, absolutamente complementarios, previstos para garantizar la efectividad del derecho al arrepentimiento.

Concluimos así que este botón cumple una doble finalidad en materia de contratos de consumos electrónicos. Por un lado, constituye una expresión más del derecho a la información y, específicamente, de todo aquello vinculado a retractación, simplificando en un ícono o imagen los rígidos términos de los preceptos legales para que puedan ser comprendidos por sus destinatarios. Y, por otro, se transforma en un atajo de suma importancia para poder materializar este derecho reconocido por el legislador del consumidor, evitando que sucumba en largas y tediosas condiciones generales de contratación que suelen no ser leídas por los usuarios de las plataformas.

A su vez, la normativa aclara que, al momento de hacer uso del botón, el proveedor no podrá requerir al consumidor registración previa ni ningún otro trámite. La cuestión no es menor, conforme muchas veces se tiende a enmarañar innecesariamente al usuario a través del llenado de formularios o solicitudes superfluos (con la correspondiente demora en su procesamiento) existentes en el sitio web, al solo fin dilatorio.

Eso sí, tampoco podemos negar que es habitual en los portales de comercio electrónico que se exija el registro previo de los usuarios como una medida de seguridad tendiente a identificar al sujeto contratante, por lo que es complejo trazar una regla rígida al respecto, sino que más bien habrá que estarse a los antecedentes de cada operatoria en particular.

Y a lo aquí sostenido, la mentada resolución agrega que, a partir de la solicitud de revocación de la aceptación, el proveedor, dentro de las veinticuatro horas y por el mismo medio, deberá informar al consumidor el número de código de identificación de arrepentimiento o revocación.

Se hace aquí referencia al número de seguimiento de trámite, con el objeto de que el consumidor pueda tener cierta trazabilidad en lo referente al arrepentimiento formulado. Consideramos oportuno que dicho código sea remitido al usuario vía *e-mail*, como así también por todos los medios de comunicación (mensajería instantánea, redes sociales, entre otros) que se hubieran oportunamente registrado al momento de fundar la cuenta en el portal. Agregamos que dicho actuar por parte del proveedor deberá efectuarse de forma simultánea mediante el empleo en conjunto de todos los canales que se encuentren disponibles, y no así a su libre elección.

#### VIII. Supuestos en los que no procede la implementación del botón de arrepentimiento

La res. 424/2020 da la impresión de ser absolutamente tajante al consagrar la obligación de instalar el “botón de arrepentimiento” por parte de los proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web.

Sin embargo, esto no es tan así; por el contrario, la habilitación de una opción de esta naturaleza viene de la mano del tipo de bienes y servicios que ofrezcan estos ecosistemas digitales, pues es sabido que determinados supuestos no son susceptibles de retractación.

En efecto, el art. 1116 del Cód. Civ. y Com. establece que, excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no se aplica a los siguientes contratos:

a) los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizadas o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez;

b) los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente;

c) los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

Dentro de estas categorías quedan comprendidos una gran cantidad de bienes tangibles e intangibles, muchos de los cuales son muy habituales en el comercio electrónico; en tales situaciones, en principio, no sería necesaria la implementación del botón de arrepentimiento, salvo que el proveedor de todas formas decidiera autorizarlo.

#### IX. Derivaciones jurídicas del ejercicio del arrepentimiento virtual

El art. 34 de la ley 24.240 consagra el derecho del consumidor de revocar la aceptación “sin responsabilidad alguna”, debiendo poner el bien a disposición del vendedor, siendo los gastos de devolución por cuenta de este último.

Este precepto debe ser complementado con los arts. 1113 y 1115 del Cód. Civ. y Com., que refuerzan y clarifican aspectos elementales de dicha operatoria.

El primero establece: “Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido”.

Por su parte, la segunda norma citada prescribe: “El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella”.

Vemos así que corresponde distinguir las prestaciones en sí mismas cumplidas como consecuencia del perfeccionamiento del contrato electrónico, de los gastos que irroga el ejercicio de este derecho de arrepentimiento por parte del consumidor y su ulterior anoticiamiento al proveedor.

Respecto de las prestaciones, en principio, habrá que estarse a la naturaleza de estas, te-

niendo en consideración que la imposibilidad de su devolución no priva al consumidor de su derecho a revocar. Aunque, si la imposibilidad le es imputable (dolo o culpa), debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último (art. 1114, Cód. Civ. y Com.).

Es clara la intención de limitar la eventual responsabilidad del consumidor al precio por el cual se concretó la operatoria, en la medida en que haga uso de esta opción en tiempo y forma.

Por el contrario, si el bien que recibió el consumidor ha disminuido su valor por el uso natural o pactado de la cosa, nada debe reembolsarse por esa contingencia inherente al negocio jurídico (32).

En cuanto a los gastos, la solución del legislador abarca no solo los relacionados con la devolución propiamente dicha, sino cualquier otro no relacionado estrictamente con esa hipótesis (33).

Esta garantía de indemnidad es innata al derecho de revocación y busca garantizar la efectividad de este, pues de nada serviría consagrar un derecho de esta naturaleza si luego sus titulares se ven intimidados a usarlo por las consecuencias económicas gravosas que ello podría generarle, convirtiendo en letra muerta el precepto legal.

Stiglitz colige que el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella (34).

Este derecho asume una especial trascendencia en materia de comercio electrónico, donde los bienes físicos son enviados a través de una compleja ingeniería de distribución que indefectiblemente trae consigo costos varios de envío y devolución del producto.

Barreiro se muestra crítica sobre la aplicación indiscriminada de esta cancelación sin costos a ciertos sectores, tales como el turismo, sosteniendo que sopesar el riesgo de hacer frente a las consecuencias económicas de las cancelaciones gratuitas de los usuarios implicará, al fin y al cabo, trasladar el costo al producto o servicio, de manera que se produciría un encarecimiento excesivo, que desde ya afecta a todos por igual (35).

#### X. Incumplimiento de la implementación del botón de arrepentimiento en el portal de comercio electrónico

La resolución en comentario consagra que el incumplimiento de la implementación del botón de arrepentimiento será sancionado conforme a las previsiones de la LDC.

Chamatropulos destaca que una característica importante del régimen es que las infracciones revisten carácter formal y no requieren la producción de daños a consumidores para que se perfeccionen. Aunque renglón seguido aclara que si ello acontece el hecho adquirirá mayor gravedad (36).

#### { NOTAS }

(29) Cabe referenciar el fallo de la CCont. Adm. y Trib. CABA, sala II, 13/11/2018, “Lan Airlines SA y otros c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor”, en el cual esa instancia judicial, reiterando los criterios fijados en fallos precedentes, se pronunció respecto a la obligatoriedad del deber de información por parte de los comerciantes y proveedores de servicios, y el derecho a revocar su aceptación de la oferta por parte de los consumidores.

(30) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos elec-

trónicos...”, ob. cit., t. II, p. 277.

(31) En sentido similar, el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor dispone: “Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación u otro disponible. A partir de la solicitud de rescisión, el proveedor de servicios dentro de las 24 (veinticuatro) horas subsiguientes y por el mismo medio telefónico o electró-

nico, deberá informar al consumidor el número de código de identificación o registración de la baja solicitada. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario”.

(32) STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Tratado de derecho del consumidor”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, cap. XII.3: “Contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales y contratos a distancia”.

(33) CHAMATROPULOS, D. A., “Estatuto del consu-

midor comentado”, ob. cit., t. II, cap. VII: “De la venta domiciliaria, por correspondencia y otras”.

(34) STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Tratado de derecho del consumidor”, ob. cit.

(35) BARREIRO, Karina, “El derecho de arrepentimiento en los contratos celebrados a distancia: ¿una omisión del nuevo Código Civil que afecta la venta de turismo en la web?”, RDCO 274-1341.

(36) CHAMATROPULOS, D. A., “Estatuto del consumidor comentado”, ob. cit., t. II, tít. II: “Autoridad de apli-

Debemos saber que, conforme al art. 45 de la ley 24.240, la autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a la ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores, o por comunicación de autoridad administrativa o judicial.

El precepto exhibe una considerable amplitud para dar andamiaje al cauce administrativo consagrado por el legislador para corroborar la existencia de violaciones a la legislación vigente del consumidor, dentro de la cual ahora tenemos que incluir la debida habilitación y funcionamiento de esta opción de retractación consagrada por la res. 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior.

Siguiendo ese razonamiento, en caso de verificarse una situación de esta naturaleza, los proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web podrán ser pasibles de las siguientes sanciones (art. 47, ley 24.240):

a) Apercibimiento.

b) Multa de pesos cien (\$ 100) a pesos cinco millones (\$ 5.000.000).

c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción.

d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta [30] días.

e) Suspensión de hasta cinco [5] años en los registros de proveedores que posibilitan tratar con el Estado.

f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

Centrándonos en las sanciones de carácter pecuniario, por resultar las más habituales, en la jurisprudencia encontramos diversos antecedentes donde se impusieron multas de

diverso tenor por infracciones al derecho de arrepentimiento tutelado por el art. 34 de la ley 24.240.

A modo de ejemplo, en un caso donde una consumidora compró un par de zapatillas a través de Mercado Libre y recibió unas usadas y en una caja de otra marca, luego de efectuadas las pesquisas del caso, se sancionó a la citada empresa con una multa de veinte mil pesos por infracción a los arts. 4º, 9º, 11, 13 y 34 (37). Podrán observar que gran parte de esos preceptos se refieren al derecho de información que pesa sobre el proveedor de bienes y servicios, y que incluye la explicitación de la posibilidad de que el consumidor ejerza este derecho al arrepentimiento.

En otro precedente similar se impuso a Lan Airlines SA una multa de pesos treinta mil (\$ 30.000) por infracción al art. 34 de la LDC, al no incluirse la opción de arrepentimiento en las condiciones de venta, ni tampoco haberse informado el medio establecido a efectos de ejercerla (38).

También se ha dicho que la determinación y graduación es atribución primaria de la autoridad administrativa, principio que solo cede ante una manifiesta arbitrariedad (39).

A tales efectos, por imperio legal (art. 49, ley 24.240), deberá tenerse en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley, incurra en otra dentro del término de cinco años.

#### XI. Eficacia probatoria del clic sobre el botón de arrepentimiento por parte del consumidor

Ahora bien, destacamos que ese simple clic se constituye, en nuestro entramado normativo, como una firma electrónica (40).

Lo dicho se fundamenta en el juego interpretativo que se produce entre lo normado por la ley 25.506 y el Código Civil y Comercial, conforme al art. 287, en el que se contempla expresamente que un instrumento particular puede o no encontrarse firmado. Cuando se vislumbra en ellos una firma, pasarán a denominarse “instrumentos privados”, y si, por el contrario, no se vislumbra aquella, se los conocerá como “instrumentos particulares no firmados”, arrojando esta clasificación todo elemento sin signatura, bien sean medios impresos, videos, archivos visuales o auditivos, o cualquier otro método contentivo de información.

Este último artículo debe ser analizado en conjunto con lo establecido por el art. 319 del Cód. Civ. y Com., mediante el cual se sostiene: “El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”. Aquí es donde visualizamos a la firma electrónica con su respectivo valor jurídico-probatorio, conforme ya lo hemos tratado en trabajos anteriores (41).

A mayor confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen a su creación, mayor será su fuerza probatoria en juicio; e inversamente, a menor confiabilidad, menor fuerza probatoria en pleito, en cuyo caso deberá complementarse con otros medios probatorios o, en su caso, cotejarse con “...la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes...” (42).

Pues bien, como sostiene Fernández, en la mayoría de los contratos, el aceptante expresa en un ícono, pulsándolo con el ratón de su ordenador, su voluntad de aceptar la oferta que le ha sido dirigida por el oferente, habitualmente también a través de un texto preestablecido en el que el aceptante se limita a pulsar el ícono, sin poder negociar *online* las cláusulas que se le proponen. En realidad, si el destinatario acepta la oferta mediante la expresión de la firma

electrónica, la diferencia es puramente una cuestión de prueba. En el *clickwrap agreement*, la aceptación se produce por la mera presión en el ícono correspondiente con la expresión “acepto”, “OK” u otra equivalente que exprese la aceptación de una forma indubitada. Tan válido es un contrato como otro, ya que el consentimiento se ha expresado correctamente (43).

Aclarado lo anterior, para el caso de la retractación efectuada por el consumidor en el marco de un contrato electrónico, la exigencia para su validez quedará satisfecha si se emplea una firma electrónica (rúbrica de autoría) que funja como prueba de quién es el individuo que lo suscribe.

#### XII. Conclusiones

La res. 424/2020 vino reforzar considerablemente las garantías que actualmente rodean al ejercicio del derecho de arrepentimiento del consumidor, ofreciendo una solución práctica y sencilla para su uso en la comercialización de bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web (*e-commerce*).

La facilitación de la información a los usuarios y consumidores, a través de atajos o herramientas visuales de fácil acceso, cumple un rol preponderante en las operatorias materializadas en portales expertos y ayuda al ejercicio de este vital derecho.

Esta importante consagración reglamentaria necesariamente debe ir acompañada de un monitoreo constante de los sitios especializados dedicados a estas operatorias, como así también de una correcta administración del régimen de sanciones vigente, debiendo ampliarse los canales disponibles para la recepción de denuncias de esta naturaleza.

La efectividad del derecho a retractarse de la aceptación depende de la operatividad plena de todas las previsiones estatuidas alrededor de este derecho, que se tornan aún más determinantes en situaciones de hipervulnerabilidad, como las que enfrenta el consumidor en el ciberespacio.

Cita on line: AR/DOC/3442/2020

#### { NOTAS }

cación, procedimiento y sanciones”.

(37) C4º Civ. y Com. Córdoba, 29/12/2016, “Mercado Libre SRL c. Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial s/ rec. apel. c/ decisiones autoridad adm. o pers. jurídica públ. no estatal (civil)”, AR/JUR/97601/2016.

(38) CNFed. Cont. Adm., sala IV, 22/11/2015, “Lan Airlines SA c. DNCI s/ defensa al consumidor - Ley 24.240”.

(39) CNFed. Cont. Adm., sala V, 27/05/1997, “Musso, Walter c. Prefectura Naval Argentina”.

(40) Recordemos que —*prima facie*— es una forma de identificar, no una forma de consentir. En este sentido, la Ley Modelo de la CNUDMI establece: “Por firma electrónica se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente

asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”. BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., t. I, p. 40.

(41) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Valoración probatoria de documentos suscriptos mediante la tecnolo-

gía de firma electrónica”, *Temas de Derecho Procesal*, Ed. Erreius, septiembre/2019.

(42) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., t. II, p. 66.

(43) FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “El contrato electrónico...”, ob. cit., p. III.

## El botón de arrepentimiento en los sitios web de comercio electrónico

### VIENE DE TAPA

El Código Civil y Comercial introdujo a partir de su vigencia, desde agosto de 2015, en el libro tercero “Contratos de Consumo” un Capítulo 3 denominado “Modalidades especiales” en el que se replica la regulación de las llamadas “ventas fuera del establecimiento” que contiene desde su sanción primigenia la ley 24.240 de Defensa del Consumidor,

añadiendo la regulación de las llamadas “contrataciones a distancia”, caracterizadas por poder ser realizadas sin necesidad de presencia física de los contratantes, entre las que se encuentra la contratación electrónica.

El comercio electrónico requiere una regulación especial, basada en las siguientes premisas, todas orientadas a la debida satisfacción del deber de información del proveedor y a la protección de una decisión de consumo racional y consciente:

1. En esta modalidad de oferta y concreción de negocios el consumidor no entra en contacto con el producto sino con lo que de él se le ofrece, no pudiendo comprobar la relación de correspondencia entre ello y lo que finalmente recibirá, sin apreciarse claramente calidades, tamaños o características probablemente esenciales, por ejemplo, el precio o la forma de pago, pero sí debiendo pagar previamente.

2. El ámbito de contratación, predispuesto totalmente por el proveedor, es esencialmente poco reflexivo o escasamente favorable para un correcto discernimiento. En su versión extrema, la operatoria algunas veces se hace con una cuenta regresiva que muestra cuánto tiempo queda para aprovechar la oferta, con el riesgo de perderla si uno se detiene a pensar (1).

3. El estimulante inductivo es el ofrecimiento de importantes descuentos si se contrata por esta modalidad, la posibilidad de trascender las fronteras y hacer compras internacionales, y en algunos casos también la rapidez. Este enfoque hace que la defensa del consumidor en la contratación electrónica deba ser vista con mayor celo; y esto es lo que la unificación del Código empieza a contemplar y la gran novedad de la protección que se incorpora al régimen tuitivo.

4. Con el *e-commerce* el proveedor reduce sus costos de comercialización y el consumi-

dor rara vez obtiene alguna ventaja de este supuesto.

5. En estos contratos el consentimiento se manifiesta manipulando un teclado, generalmente debiendo adherir a extensos “términos y condiciones” impuestos como aceptables al final de la contratación, lo cual hace aplicable al caso el fenómeno regulador de los contratos de adhesión.

6. La ingeniería por *marketing* de las implementaciones de estos contratos es capaz de superar las habilidades informáticas medianamente desarrolladas; y las sorpresas quizá no surjan de la iniciativa que las excluye, sino después de la invitación a contratar, en cuanto a las puestas en marcha en la práctica de las etapas o aperturas de pantallas diseñadas por el proveedor para concretar el negocio.

7. A la vez, importan tratamiento de datos personales y tarjetas de crédito por parte del

proveedor, que implican un significativo desequilibrio para el consumidor, que se advierte con solo constatar el exceso de confianza que el proveedor impone que se le dispense al exigir estos datos y los riesgos del consumidor al suministrarlos.

De ahí que, por estas premisas, la regulación del comercio electrónico en el Código Civil y Comercial de la Nación haga especial énfasis en la protección del consentimiento, rigORIZANDO el derecho-deber de información y estableciendo el derecho al arrepentimiento.

En cuanto al primero, que no es objeto de este trabajo, señalamos dos ejes principales:

a) El deber del proveedor, establecido en el art. 1107 de informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.

El precepto enlaza con las características de la información general previstas en el art. 4 de la LDC y en el art. 1110 del Cód. Civ. y Com. La satisfacción de la información debida debe entonces cumplirse antes de que el sistema de la contratación por la *web* imponga al consumidor la aceptación de los términos y condiciones y en su cumplimiento, y revestir las características de clara, comprensible, relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, sus condiciones jurídicas y económicas.

a) La vigencia de la oferta accesible, en términos del art. 1108, por el cual la formulada por medios electrónicos debe tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezca accesible al destinatario.

Se atiende de esa manera un aspecto de la realidad del mundo de la compra electrónica, que exhibe constantemente imprecisiones o falta de actualización de las páginas *web* de los proveedores que dejan subsistentes ofertas, promociones o paquetes que el consumidor cree vigentes. Los proveedores deben hacerse cargo de la actualización de sus páginas *web* y el contenido de sus ofertas, en tanto que, aun habiendo vencido el plazo del ofrecimiento, siguen estando vigentes en la medida en que continúen accesibles a los consumidores.

En cuanto al segundo, el art. 1110 del Cód. Civ. y Com. establece para el consumidor el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce.

El plazo establecido tiene la finalidad de otorgar un período de reflexión, meditación y comparación al consumidor, con la posibilidad de decidir desvincularse (2). Su ejercicio es discrecional por el consumidor (potestativo, subjetivo), ejercible cuando se advierta la inconveniencia del negocio concertado o la falta de adecuación entre lo ofrecido y lo recibido, y no está subordinado a incumplimiento alguno por parte del proveedor, sien-

do solamente necesario ejercerlo dentro del plazo determinado, que es entendido como un término de caducidad.

En la doctrina, esta facultad ha sido denominada derecho de arrepentimiento, o “buy back”. Su fundamento consiste en que en la mayoría de los casos las ventas realizadas en forma electrónica, como también que se hacen fuera del establecimiento del proveedor se llevan a cabo en circunstancias donde el consumidor no se encuentra debidamente preparado para decidir, por lo que se le otorga un período de diez días corridos (que necesariamente incluye un fin de semana) para que pueda lograr por sí o con su grupo familiar o social la reflexión serena y necesaria de la conveniencia, necesidad y posibilidad material del contrato celebrado, a fin de discernir si es lo que realmente le sirve, desea o puede afrontar. Es, sin duda, una nueva oportunidad de repensar el contrato realizado.

Al respecto señalamos que la protección se completa:

a. Estableciendo que, si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente.

b. Señalando, por derivación del principio de orden público la irrenunciabilidad de este derecho o la consideración de no escrita de cualquier modalidad que tenga por resultado la imposibilidad de ejercerlo.

c. La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez días computados.

d. La revocación debe ser notificada por escrito al proveedor por medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa. Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido (art. 1113 Cód. Civ. y Com.).

e. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su derecho a revocar (art. 1114).

f. El ejercicio de este derecho no puede implicar gasto alguno para el consumidor, que no debe reembolsar cantidad alguna por disminución de valor de la cosa, consecuencia de un uso conforme a lo pactado, y tiene derecho a reembolso de los gastos de conservación (art. 1115).

g. Las excepciones a este derecho están específicamente previstas (art. 1116).

Con fecha 1 de octubre, la Secretaría de Comercio Interior de la Nación dictó la res. 424/2020 (APN-SCI MDP), por la cual se estableció que los proveedores de comercio electrónico deben tener en sus sitios o aplicaciones *web* el *link* denominado “botón de arrepentimiento”.

El punto sobre el que va la norma comentada es tanto el deber de informar este derecho, establecido en el art. 1111 del Cód. Civ. y Com., por el cual “el proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres

destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho”, como la contribución a su implementación.

El comercio electrónico ha revolucionado la actividad económica y el acceso al consumo. En tiempos de pandemia, donde la conectividad como medio y la contratación *web* como fin han cobrado especial relevancia, la conducta de los proveedores desafia al derecho de usuarios y consumidores, en particular respecto al deber de información que les es exigible.

La constatación de esta fenomenología se verifica sencillamente, ya que se trata de incumplimientos que venían siendo impunes desde antes de la pandemia: consiste en entrar a cualquier sitio *web* y verificar el cumplimiento de este deber. Solo aisladísimos casos lo hacen, y nunca de forma clara y precisa, mucho menos en todos los pasos de la contratación *on line*, siendo una constante en los llamados “entornos digitales” diseñados por el proveedor, en una omisión o confusión no ingenua.

Los *considerandos* del acto administrativo combinan la ponderación del derecho a la información y en particular el de revocación en el comercio electrónico, resaltando su importancia en tiempos de emergencia sanitaria, al reconocer como antecedentes lo que en la materia se incorporó en la ampliación de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor en 2016, y en particular la regulación del “botón de baja” previsto en la res. 271/2020 (nota nuestra, también prevista en la res. 316/2018) que en su momento atendió el problema de la obstaculización o condicionamiento indebido de las solicitudes o de suscripciones en materia de servicios.

Es así como para todo proveedor *web* se establece la obligación de publicar un enlace o botón de arrepentimiento a los efectos del ejercicio del derecho de revocación, y la consiguiente obligación de informar la identificación codificada de la comunicación de arrepentimiento en 24 horas, creando así una obligación de emitir *acuse de recibo* que figuraba solamente en la legislación para la aceptación de la oferta electrónica (art. 1108 *in fine*). El plazo en horas es importante, atento al registro de fecha, día y hora que dejan los pasos o huellas en la *web*, y que la contratación se puede efectuar sin distinción de horarios, por lo que cabe el mismo principio para la obligación del proveedor de emitir el *acuse* en aplicación de la *igualdad de armas*.

Este “me notifico”, interpretamos, es a los efectos operativos, ya que, como hemos señalado, la revocación no está sujeta a más condicionamiento que su realización en término, por lo que se impone su cumplimiento por parte del proveedor y por ende su exigencia. De modo que vemos en este punto un aporte a las certezas, ya que muchas veces el consumidor no recibe respuestas a sus reclamos enviados por cualquier medio, en especial los electrónicos, tan expeditivos para confirmar contrataciones. Esta vez, normativamente

hay obligación de responder la manifestación de revocación. La otra certeza establecida es formal respecto al modo de manifestar la revocación, que en el Código no aparece, y se soluciona ahora con “apretar el botón”.

A los efectos de cumplir con las pautas del art. 1111 respecto a caracteres notorios y su inclusión en “todo documento” en la etapa de negociaciones, el artículo segundo prescribe que el aludido botón debe ser de acceso fácil y directo, desde la página de inicio del sitio, en un lugar destacado, y que indubitablemente conduzca al trámite seleccionado. De esta manera se reglamenta el cumplimiento desde la página de inicio del sitio de internet (véase art. 2 primer párrafo del acto administrativo) y para la etapa negociadora (en términos del Código Civil y Comercial) o el pase de pantallas.

En esta línea de particularizar protecciones, y toda vez que el legislador impuso también la información de la facultad de revocar en el documento que instrumenta el contrato y con anterioridad a la firma (o *click*) del consumidor o usuario, creemos necesario como aporte que pudo haberse incluido lo relativo a comunicar la existencia y acceso al botón de baja en las mismas oportunidades e instrumentos, a la hora de la concreción. En otras palabras, que antes, y en simultáneo a aceptar los términos y condiciones, y al enviar los datos para perfeccionar el pago, se noticie sobre el botón de arrepentimiento y así se regule expresamente.

De todos modos, de la manera en que se presenta, la normativa apunta a de algún modo dar las precisiones necesarias para que los proveedores tengan —a más de su deber legal— la claridad en cuanto a la metodología para satisfacer su cumplimiento, ya que en las pocas páginas o sitios donde este aspecto se honra, las modalidades son muchas veces tan confusas como dispares, tan leguleyas como difusas, tan esquivas como ininteligibles.

Entendemos que la previsión que apunta a no exigir registración previa para el uso del botón debe compadecerse de alguna manera con la necesidad de tener usuario creado y contraseña para acceder al sitio, ya que de otra forma no se comprende tal previsión.

Por último, creemos que, en el actual desarrollo de la ciencia informática, el plazo de sesenta días —aun corridos— previsto en el artículo tercero para adaptar los sitios a las previsiones de la norma, mientras continúan las circunstancias de emergencia aludidas en la propia motivación del acto, es excesivamente holgado. Las páginas “sufren” actualizaciones *marketineras* y modificaciones con frecuencias mucho menos extensas; y en este caso se trata de una necesaria previsión como política de protección (véase antepeúltimo considerando) que se necesita más prontamente poner en práctica.

Finalmente, la norma pasa a integrar el plexo reglamentario de resoluciones complementarias a las normas de consumo, cuya inobservancia constituye una infracción sancionable.

*A modo de conclusión:* con las observaciones señaladas, y en el sentido del rumbo de los derechos del consumidor, una regulación

## { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
 (\*) Abogado (UBA). Secretario de Primera Instancia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. Profesor Adjunto Regular. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Docente en seminarios y cursos de posgrado sobre Derechos de Consumidores y Usuarios. Codirector del Programa de Actualización en Derecho del Consumo (Convenio AABA-UBA). Presidente de la Comisión de Derecho del Consumidor de

la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Autor de libros y artículos sobre derecho del consumidor en publicaciones nacionales y extranjeras.

(1) “El sistema de comercio por medios electrónicos, lejos de atenuar la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan, agrava sus obligaciones, porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte. En estos casos, hay empresas que actúan profesionalmente y consumidores que no son

expertos, en los que la distancia económica y cognoscitiva que existe en el mundo real se mantiene en el mundo virtual. Podríamos afirmar que no solo se mantiene, sino que se profundiza. Debe tenerse en cuenta también que la tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultado de este modo una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor. Puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulne-

rabilidad de los consumidores, instaurado en un trato no familiar” (CNCiv., sala K, 05/10/2012, “Claps Enrique Martín y ot. c. Mercado Libre SA s/ Daños y Perjuicios”, AR/JUR/55788/2012).

(2) Nota del autor: llamado también período de enfriamiento o *cooling brake*, para que se pueda evaluar la conveniencia o no del negocio.

necesaria en tiempos inciertos para sus consumidores beneficiarios y a la vez razonable para los proveedores destinatarios, allegando soluciones protectorias y proponiendo caminos ciertos. Quiere servir nuestro aporte para su mejoramiento (una resolución complementaria no necesita más que la voluntad política de su dictado) y que sea la práctica el camino para la fiscalización de su cumplimiento, experimentación y evaluación de eficacia.

Cita on line: AR/DOC/3403/2020

### ➤ MÁS INFORMACIÓN

**Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J.**, “El COVID y la hiperexpansión de la contratación electrónica”, LA LEY 05/08/2020, 5, AR/DOC/2460/2020  
**Casanova Ferro, Gonzalo**, “Hacia una nueva mirada sobre el error en las contrataciones electrónicas”, LA LEY 02/06/2020, 10, AR/DOC/403/2020

**Faliero, Johanna C.**, “Los smart contracts y los desafíos que representan para el consentimiento informado del e-consumer: contratación inteligente y asentimiento informado”, DFyP 2020 (febrero), 126, RCyS 2020-V, 28, AR/DOC/3245/2019

**Márquez, Jimena**, “Evolución del fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos y su alcance actual en base a las nuevas modalidades de contratación: soluciones jurídicas actuales”, RCCyC 2020 (mayo), 169, AR/DOC/363/2020

### ➤ LIBRO RECOMENDADO

**Contratos Electrónicos. Teoría General y Aspectos Procesales**  
 Autor: Ordoñez, Carlos Jonathan; Bielli, Gastón E.  
 Edición: 2020  
 Editorial: La Ley, Buenos Aires

## ➤ NOTA A FALLO

### Medida que ordena reinstalar a un trabajador

**Sentencia equiparable a definitiva. Sucesivos rechazos de apelaciones sin fundamento suficiente. Irreparabilidad del agravio. Disidencia.**

1.- Si bien es cierto que el análisis de cuestiones procesales como las propuestas por la apelante es ajeno al ámbito del recurso extraordinario, cabe apartarse de tal regla cuando la disposición adoptada frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea suficiente, situación que se ha configurado en el caso, en la medida en que se desestimó el recurso local por el carácter no definitivo del fallo —medida cautelar que ordena la

reinstalación de un trabajador— sin hacerse cargo de lo expuesto por la empresa recurrente, que introdujo planteos serios acerca de la existencia de un perjuicio de imposible reparación ulterior.

2.- El recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (del voto en disidencia de los Dres. Maqueda y Rosatti).

CS, 04/06/2020. - Lorenzo, Juan Manuel c. Unión Platense S.R.L. s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/18125/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 25/06/2020, p. 8, Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Proview]

# Las garantías constitucionales del emprendedor argentino

## MEDIDAS CAUTELARES, ESTABILIDAD Y PERÍODO DE PRUEBA

Facundo A. Martín (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. ¿Quiénes son los condenados?— III. La despersonalización de una abrumadora mayoría.— IV. La Corte indica la improcedencia de la reinstalación como medida urgente.— V. La obligatoriedad del precedente.— VI. La ponderación de las consecuencias.— VII. Medidas autosatisfactivas.— VIII. Los contratos en prueba.

El 4 de junio de 2020 en “Laurenzo” la Corte —rechazando la medida cautelar innovativa de reinstalación— define por oportunidad y contenido cuáles son las garantías que priman en la relación de empleo privado. El punto toma relevancia esencial en la interpretación de los conflictos laborales producidos durante la emergencia.

### I. Introducción

Recientemente la Corte Nacional en el caso “Laurenzo” (1) ha tomado definitiva mayoría sobre el rechazo a la procedencia de la medida cautelar innovativa de reinstalación laboral.

Procesalmente la medida cautelar de reinstalación laboral es una subespecie dentro de las innovativas. Se define como especie por ser la peticionada en el fuero jurisdiccional del trabajo para recontratar al trabajador desvinculado, y habitualmente se acompaña con la pretensión del pago de salarios caídos.

Su aparición en los tribunales del país como figura particular abrevia en dos fuentes del

año 1988: una es la evolución de la ley 23.551 (la Ley de Asociaciones Sindicales), y también la ley 23.592, que sancionara con nulidad los actos discriminatorios en general (2).

### II. ¿Quiénes son los condenados?

Tal vez sea el momento de establecer —de lo mucho que se ha dicho y puede decirse sobre las medidas cautelares y la extensión dentro del ámbito laboral— algunos datos imprescindibles.

a) En la Argentina, *nada menos que el 85% (ochenta y cinco por ciento) de los empleadores argentinos son microempresas* —de hasta nueve empleados (3)—. De tal manera, los sujetos pasivos de estas sentencias y cautelares son en su enorme mayoría *personas humanas*, más protegidas por los tratados de derechos humanos que por los tratados de comercio internacionales. Sin embargo existe sobre todo doctrinaria y judicialmente una fuerte imagen corporativa y despersonalizada del emprendedor en la Argentina.

b) Ambas leyes del año 1988 no tomaron impulso en cuanto a las medidas cautelares innovativas de reinstalación sino hasta las interpretaciones jurisprudenciales que surgieron luego de diciembre del año 2010 de los tribunales inferiores, por una muy amplia derivación del caso “Álvarez” (4) —a nuestro entender— que ha quedado excesivamente laxa y ha tenido repercusiones mediáticas sin el contrapeso de otros precedentes más silenciosos, como “Pellejero” (5) u “Orellano” (6).

c) Ninguna de las leyes en juego —ni siquiera el art. 52, ley 23.551— dispone o habilita una medida cautelar de reinstalación propiamente. La protección del representante gremial formalmente designado es la más literal y protectoria de la cual abrevan los restantes caudales y no dispone una cautelar sino la *acción* de reinstalación, que por naturaleza carece de carácter previo o cautelar sino que resulta un proceso de conocimiento, sumarisimo, pero plenario al fin. De manera que la reinstalación cautelar es (fue) hija de la costumbre judicial, pero no de las normas fundadas ni formales y ha mutado (o se ha extendido sobre todo en los últimos diez años) desde la mera acción de protección al delegado o representante, a la protección cautelar al comienzo del tránsito de esta acción en particular, ordenando su reinstalación al comienzo del pleito y, luego, en una tercera fase a la petición cautelar a personas que no son titulares de tan especial protección.

d) Como toda medida cautelar innovativa, la de reinstalación suma al tríptico de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y caución de toda cautelar, los recaudos de una interpretación restrictiva (en razón de obtener el peticionante nada menos que el resultado final del pleito *inaudita parte*) que está atravesada por una ponderación debida de los derechos en juego.

e) Esta exigencia de toda cautelar innovativa, en el ámbito laboral, se hace de difícil comprobación, ya que el accionante litiga con el beneficio de gratuidad del art. 20, LCT, por lo que la caución prestada es meramente juratoria o simbólica. Y luego no será solvente para responder de las consecuencias del impacto jurídico y económico provocado por una reinstalación compulsiva.

f) ¿Por qué impacto jurídico? Al empleador se lo somete a mantener una relación con quien no tiene confianza, violentando su libertad —con lo cual, en distinta medida, es comparable con un matrimonio forzado o la prisión preventiva— de suerte de obtener una estabilidad absoluta del reinsertado, que se incorpora por fuerza de una autoridad que hasta que le llega la orden no se le había presentado. El mero sentido común recrea la imagen cuando el empresario reabre sus puertas, nada menos que bajo el apercibimiento de multas y sanciones penales, a quien vuelve investido de una suerte de inmunidad ante futuros incumplimientos y afectando directamente a la imagen

### { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**

(\*) Abogado UNLP especializado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; magíster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bologna, 2019); especialista en Derecho Administrativo (UNC - UA 2009) y Procesal Civil (UNC - UBA 2020).

(1) “CSJ RH1 Laurenzo, Juan Manuel c. Unión Platense SRL s/ amparo”, del 04/06/2020, AR/JUR/18125/2020.

(2) En su art. 1º se refiere a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar su aplicación y a la reparación del daño moral y material ocasionado.

(3) Según <https://gpsempresas.produccion.gob.ar/> del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación. De la misma publicación, el 16,8% restante son PyMES, y el 0,2% son grandes empresas. Las micro, pequeñas y medianas empresas promedio nacen con tres empleados. El 99% de los empleadores son MiPyME y ocupan a dos de cada tres trabajadores.

(4) “[H]abiéndose sostenido que ninguna disposición del Derecho del Trabajo admite sanción de la nulidad del despido por causa discriminatoria y que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Nación no convalida un supuesto de estabilidad absoluta con lo que, a mi modo

de ver, desde esta tesis se estaría afirmando que la nulidad de los actos discriminatorios que permite la ley general en el ámbito del Derecho común no opera en el particular marco de las relaciones laborales” (RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “La discriminación y el contrato de trabajo”, en DT 2007-A-2 y voto del Dr. Miguel Ángel Pirolo en autos “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/ acción de amparo”, SD 95.075 de fecha 25/06/2007, dictada por la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal), AR/JUR/2510/2007.

(5) CS Fallos 333:2296, en el que la Corte exigió que el acto discriminatorio se encuentre acreditado y no surgi-

do del dogmatismo judicial. Es muy importante de este proceso notar que la Corte abrió una audiencia, cuando el expediente del Superior Tribunal rionegrino estaba en su poder, y que del expediente participó como *amicus curiae* la Asociación de Abogados Laboralistas. Con esta amplitud probatoria *de visu*, la Corte pudo corroborar que las afirmaciones de un acto discriminatorio eran meramente dogmáticas.

(6) CS Fallos 339:760, en el que la Corte resolvió que solo los gremios tienen el derecho de promover huelgas y que los grupos informales de trabajadores no pueden promover medidas de fuerza.

y capacidad organizativa del empresario también con sus compañeros de establecimiento.

g) Las consecuencias económicas directas tienen ligamen con el pago de salarios caídos por supuesto, pero más con la obtención de una estabilidad de plazo incierto. La incertidumbre deriva —por más que se encamine por la vía sumarisima— en que lamentablemente en la mayoría de los casos la medida cautelar perviva durante cinco años de proceso ordinario —si es que no llegamos a instancias extraordinarias— con trece pagos de salarios netos anuales por un período que es tan aleatorio como sometido a postergaciones de origen sistémico, pero también producto de omisiones y dilaciones procesales intencionadas. Con esto se alcanza el absurdo de un resguardo sustancialmente mayor que el que tiene un delegado gremial formalmente investido que obtiene —además de las indemnizaciones por su despido— los salarios caídos sin haber prestado labores (7) hasta una fecha tan cierta como insuperable: los que faltan hasta la finalización de su mandato y el año posterior.

h) Si luego del proceso surge el rechazo de la cuestión de fondo, no hay caución suficiente para reparar la estabilidad obtenida mediante la innovativa. No hay modo de reparar la violación de la libertad de contratar, ni la reposición de la propiedad vulnerada, ni la composición de la infracción al debido proceso. Garantías constitucionales que toman mayor volumen con el control de convencionalidad. Cuando se recuerda que el empresario también es una persona humana, se agrega a la observación la presencia de los tratados internacionales de derechos humanos así como el deber de ponderación de los derechos fundamentales.

### III. La despersonalización de una abrumadora mayoría

Dos fenómenos que carecen de explicación en nuestro país nos obligan a detenernos.

Es sorprendente que en la Argentina no asumamos esta realidad del 85% de empleadores microempresarios. Ni la Ley de Contrato de Trabajo ni mucho menos la jurisprudencia contemplan esta realidad; no hay ley que diferencie a la pequeña o mediana empresa, que es la gran protagonista de la generación de puestos de trabajo en nuestro país.

Se piensa la ley y se prepara el juez laboral pensando en la gran empresa como el sujeto eterno del lado empleador de la balanza. Se piensa a ese empleador impersonal y *a priori* organizado bajo una persona de existencia ideal.

Y, como vemos, la formidable mayoría de pequeños empleadores son quienes resultan destinatarios de estas normas y, siendo equipos de trabajo menores a nueve personas, es lógico que el contacto de humano de tales relaciones sea estrecho y personal, de modo

que no deberían caber dudas de que forzar un ligamen violenta tanto la autonomía como la inviolabilidad de la persona (8) humana.

El segundo fenómeno que resulta sorprendente en nuestra cultura es que, a pesar de que la Corte Interamericana ha dictado y condenado a la Argentina por ello, en la Argentina se despersonaliza al emprendedor.

Ahora bien, aún en los casos en que lo hace, el emprendedor no pierde sus derechos por organizarlos bajo una persona moral, sino que se mantiene como sujeto de tutela convencional bajo el amparo de los arts. 21 (derecho a la propiedad privada), 25 (protección judicial) y 8º (garantías judiciales) de la CADH.

Es que si para realizar sus derechos los organiza bajo una figura societaria puede “acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho” (9), conforme al consid. 29 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Cantos” del 07/09/2001 (10) por la cual se condenó a nuestro país.

Baste este agregado sin cansar al lector: todos los tribunales internacionales coinciden en aplicar estos tratados a los empresarios y, sin embargo, nuestros tribunales son reacios a aplicarlo. Quizá por el mismo prejuicio de que, por el hecho de ser empleadores, son personas poderosas y dañinas, y ajenas. Son muy ilustrativas las citas a la Corte Internacional de Justicia en el caso “Barcelona Traction” (nota 9, p. 8) o de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Pine Valley” (nota 11, p. 9) de dicho precedente.

En definitiva en el ámbito laboral no hay ninguna caución que pueda respaldar el daño ocasionado por una medida improcedente, ni por la violación de la libertad del empresario.

Por otro lado la urgencia queda habitualmente resguardada bajo el concepto alimentario de los salarios (11) (sin mayores fundamentos) y la verosimilitud del derecho invocado viene marcada más por la connotación apriorística del judicante ilustrada con la parcial presentación de los hechos del demandante, que la demostración de la verdad que surge de una contienda bilateral en la que las dos partes son escuchadas, ofrecen sus pruebas y reciben una sentencia fundada en derecho.

### IV. La Corte indica la improcedencia de la reinstalación como medida urgente

El criterio de rechazo de la reinstalación ya venía indicado en el voto de la disidencia de los Dres. Lorenzetti, Highton y Argibay en el caso “Álvarez” (2010) en el que se hiciera lugar a ella pero con una sentencia de fondo, no con una cautelar (12).

que la Corte dictó el caso “Álvarez” (Fallos 3336:2306), dictó el caso “Pellejero”, en el que se rechazó la reinstalación de la Sra. Pellejero, rechazando una sentencia del Superior Tribunal de Río Negro, con la participación de *amicus curiae* de la Asociación de Abogados Laboralistas (Fallos 336:2296, consid. 2º).

(13) La Corte en Fallos 327:2490, al examinar la procedencia de una medida cautelar similar, precisó que “corresponde descalificar como medida cautelar la que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, mas no lograr anticipadamente el fin perseguido” (consid. 4º y sus citas; en igual sentido, dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en Fallos 330:4930, “Transportes Automotores Plaza SA”, entre otros). En esa oportunidad, el máximo tribunal recordó que un pronunciamiento favorable altera el estado de hecho o de derecho existen-

Con el final de esta evolución (a la cual el tribunal hace expresa referencia en el consid. 3º) la cuestión toma actualidad, y debemos analizar cuál es el sentido y la conformación del tribunal actualmente.

Ya en 2017, con voto de Lorenzetti, Highton, y Maqueda, se había establecido que resultaba inconstitucional una solución cautelar de reinstalación y pago de salarios caídos en un amparo con cautelar, por ocasionar agravios de difícil o imposible reparación ulterior —Fallos 340:1136 (13)—.

Si bien es cierto que “es suficiente que exista un solo precedente para construir doctrina legal obligatoria a partir de él” (14), los parámetros de “Laurenzo” también permiten esa construcción sobre bases que lo precedieron, ya que es la culminación de un proceso de rechazo de las medidas de reinstalación como cautelares, (según surge de CS Fallos 327:2490 y 330:4930, entre otros).

En este fallo del 04/06/2020 la Corte recuerda que la finalidad de una cautelar anticipatoria debe ser la de asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, mas no la de lograr anticipadamente el fin perseguido (15).

Así, ha dicho la Corte que la pretensión de reinstalación como la que se pretende en autos (reincorporación y pago de salarios caídos) constituye una medida anticipatoria de la decisión de fondo que resultaría definitivamente violatoria de las garantías que deben protegerse constitucionalmente en todo proceso.

Al forzar al empleador a permanecer en el vínculo con alguien que ya no merece su confianza (consid. 3º) atenta seriamente contra las *facultades de organización y dirección*, en particular las *disciplinarias*, así como la *garantía de contratar libremente*, obligando al empleador a mantenerlo en su puesto sin plazo cierto (16), desvirtuando de este modo el fin del proceso jurisdiccional.

Estas garantías fundamentales del empleador fueron interpretadas por el máximo tribunal constitucional en el sentido de que *no corresponde la reinstalación y pago de salarios caídos* porque se le ocasiona definitivamente (consid. 5º) un perjuicio de imposible reparación ulterior al demandado, al infringir directa e inmediateamente (consid. 6º) la garantía del debido proceso tutelado en el art. 18 de la CN (17).

No es posible entonces según es doctrina de la Corte que se litigue primando una medida precautoria que anticipe la solución de fondo ordenando la reinstalación del trabajador.

### V. La obligatoriedad del precedente

En “Farina” (18) la Corte Suprema sostiene, reitera y aplica con fuerza tal vez inédita

su aptitud de intérprete supremo de la CN “y de las leyes dictadas en su consecuencia” (consid. 18). En el primer párrafo del consid. 19, invoca, todavía en términos más amplios, su “carácter de último intérprete de la ley en la República Argentina”.

La doctrina de la obligatoriedad del precedente se construyó sobre dos valores constitucionales: la seguridad jurídica y la igualdad.

Es decir, la necesidad de proveer a la seguridad jurídica disipando distancias interpretativas en procura de que el comportamiento de los tribunales inferiores sea regular y predecible. La lógica de que todos los habitantes del país se encuentren en un plano de igualdad, sin resultar más beneficiados o perjudicados que sus pares por interpretaciones disímiles a lo largo de la República.

Conceder una medida innovativa de reinstalación implica no solo el desconocimiento de las garantías involucradas, sino someter la cuestión a una injustificada demora procesal (derecho a ser juzgado en plazo razonable) así como exponerse a un supuesto de gravedad institucional por la eventual existencia de sentencias contradictorias. Anotemos que una sentencia que padece de tal vicio también *es un fallo inconstitucional*, aunque el defecto de arbitrariedad verse sobre la interpretación de una norma de derecho común.

En conclusión, una sentencia cautelar que establezca una reinstalación y pago de salarios caídos antes de la solución final, resultaría por lo tanto arbitraria y engendra “cuestión federal” *per se*.

Dicho esto cabe preguntarse si desde esta doctrina, una reinstalación no sería viable como solución ante un despido anulado por vía judicial, es decir, ya no con una cautelar, sino al culminar el proceso de conocimiento.

Entendemos que en este punto debe evaluarse que:

— La Corte se ha pronunciado nada menos que durante junio de 2020 en un precedente laboral (dentro del muy extenso marco de las ramas de su control constitucional) haciendo el esfuerzo de firmar en ausencia física de varios de sus integrantes.

— Como custodio permanente de la Constitución y por lo tanto moderador de conflictos sociales (19), el mensaje en contexto y oportunidad es demasiado evidente para ser soslayado.

— Las garantías del empleador que puso la Corte en foco son definitivas (*la de organizar su empresa, el derecho disciplinario, la de contratar libremente, el debido proceso*) y por lo tanto, toman distinta dimensión en este contexto de emergencia que vivimos, o si se prefiere, tienen indicada una *mayor gravitación en el proceso de ponderación constitucional*.

### { NOTAS }

(7) Podremos señalar la dudosa constitucionalidad de este enriquecimiento sin causa ya que el empleador estará obligado a resarcir, además, salarios por una prestación que no recibió ni recibirá. Es de notar, por otro lado, que cerca de este derecho de la ley 23.551, en los supuestos de huelga está reconocido que los días en los que el personal no asiste a tomar tareas no generan la obligación del principal a pagarlos.

(8) NINO, Carlos S., “Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª ed. amp. y rev., ps. 197-301.

(9) Sea como fundador, director, o incluso como mero accionista.

(10) Ver AR/JUR/386/2001.

(11) Quizás aquí es en donde cabría distinguir cuál es el monto que se considera básico para la subsistencia, en punto a que muchos salarios superan las seis cifras mensuales en algunas regiones del país.

(12) Vale señalar que el mismo día 07/12/2010 en el

te al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa” (consid. 5º y sus citas). Por esa razón, consideró que la admisión de una medida en un amparo de reincorporación y pago de salarios caídos constituye “un acto jurisdiccional de tal magnitud que excede el marco de lo hipotético, dentro del cual toda medida cautelar agota su virtualidad” (consid. 5º y su cita).

(14) BAROTTO, Sergio M., “La Corte Suprema de Justicia de la Nación instaura la doctrina legal obligatoria para toda la magistratura de grado jerárquico inferior”, LA LEY del 29/05/2020, 9.

(15) Consid. 4º y sus citas; en igual sentido, dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la CS en Fallos 330:4930, “Transportes Automotores Plaza SA”, entre otros.

(16) Consid. 5º.

(17) CS Fallos 311:148; 317:1133; 320:193; 325:3360; 327:2649; 330:3055 y 337:1361.

(18) “Farina, Haydée S. s/ homicidio culposo”, del 26/12/2019, AR/JUR/51218/2019.

(19) MEZZETTI, Luca, “Teoría de la justicia constitucional y legitimación de los órganos de justicia constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 8, nro. 1, 2010, ps. 307-354, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100011>; “sulla tecnica della ponderazione e bilanciamento dei principi e valori costituzionali consente di avvertire che, attraverso un’opera apparentemente ermeneutica, l’organo di garanzia tenderebbe a trasformarsi, come dice qualcuno, in potere costituente in seduta permanente (Antonio Baldassarre). Il custode della Costituzione si trasfigura, in realtà, come pure è stato felicemente detto, in moderatore di conflitti sociali (Leopoldo Elia, Carlo Mezzanotte) [F. Modugno, 1982, 52-53]”, el destacado es del original.



— Si se nos permite de lo mucho que hay dicho respecto de este proceso de comparación, o ponderación constitucional, no puede dejar de decirse que los italianos bella, comprensiva y justamente lo hacen sonar como *bilanciamento* (20). Aunque en el contexto de su uso por la doctrina constitucional italiana, por la simple etimología y por la complejidad y simpleza del proceso intelectual, no se encuentra palabra en castellano que traduzca mejor la evaluación que debe hacer el juez.

## VI. La ponderación de las consecuencias

En este proceso, el sopesar los valores o derechos en juego no puede prescindir de las consecuencias expansivas de la solución en ese universo de 85% de microemprendedores (21) o del establecimiento al que apunta.

Toda sentencia debe incluir entre sus motivaciones la consideración de las consecuencias de lo que se resuelve en actos posteriores o en otros pronunciamientos.

Cuando un juez establece el alcance de los derechos y obligaciones o sienta el mecanismo que seguirá para realizarlos a través de una cautelar o de una sentencia, define cuáles serán las reglas de conducta de los ciudadanos que viven bajo su esfera de conocimiento. Pautas generales que deberán seguir no solo los que estén en juicio, sino también los que pretendan evitarlo y actuar cumpliendo el derecho vigente en su ámbito de territorio y tiempo.

El derecho será, en su jurisdicción, lo que él dice, al menos hasta que tenga revisión de la Corte, lo que tomará años, e incluso cuando sea revertido, probablemente no pueda ser reparado luego.

Y si este juez se aparta de la doctrina de la Corte o altera el equilibrio de las garantías constitucionales de manera distinta a lo que establecieron los poderes constituidos, el daño que se provoca no es solo a las partes, sino que genera desigualdad entre los ciudadanos del mismo país e inseguridad jurídica, por sus efectos expansivos.

En este sentido, al delinear el concepto de sentencia debidamente motivada, la Corte ha establecido que debe ser previsible. Sentencia imprevisible “es la que no mide los efectos de lo decidido, sea en cuanto al caso concreto o, también, las sentencias posteriores o impacto del fallo en otros pronunciamientos” (22). Se establece así que la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema en la que está engarzada, es la evaluación de las consecuencias (23) con lo cual un juez que establezca su posición sin contemplar cómo impactará en tan amplio universo de personas empleadoras.

Es de observar que las consecuencias de la reinstalación fueron observadas por la doctrina y esta mayoría de la Corte. Así advirtió sus consecuencias sobre: i) cuánto duraría esta reinstalación y necesariamente, cuándo recuperaría el empleador la potestad de desvincularlo con o sin causa, ii) el punto sobre si el trabajador reinsertado adquiere por esto estabilidad absoluta en el ámbito privado alteraría el orden constitucional es-

tablecido en el art. 14 bis, CN, conforme lo ha definido en el precedente “Madorrán” (Fallos 330:1989) (24).

Siendo que voluntad es libertad, intención y discernimiento, la contratación compulsiva (la recontractación coercitiva) resulta directamente violatoria de las garantías y derechos protegidos por la Corte. A cambio se establecen formas agravadas de indemnización, como modo de hacer vigente en plenitud el derecho constitucional de contratar, de propiedad, de asociarse con fines útiles y de ejercer industria lícita (art. 14, 17 y cc. de la CN).

Aplicar una reinstalación implica transformar al empleo privado en un *contrato en contra de la voluntad* de uno de los contratantes, a quien el ordenamiento jurídico lo inviste de la facultad de extinguirlo por su sola voluntad por supuesto, asumiendo la responsabilidad indemnizatoria, tarifada o agravada.

En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar (como atributo inherente al concepto jurídico de persona) señala la Corte que si bien se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, tales reglamentaciones *no deben afectar la garantía de elegir con quién contratar o de no hacerlo*.

Por definición la garantía constitucional de la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (25). La actual mayoría de la Corte recuerda que no se puede obligar a un empleador (contra su voluntad) a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. Al mismo tiempo manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido (26).

Por ello señaló que no es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral (27).

Incluso después de la nulidad declarada por la ley 23.592 del despido de la parte accionante, los ministros de la Corte efectuaron el debido “balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador” y en tal punto, señalaron que en caso de incurrirse en un despido nulo corresponderá una indemnización agravada de trece salarios (por analogía con el despido de la trabajadora embarazada, art. 182 LCT, consid. 18 del voto citado), pero no la reinstalación compulsiva.

## VII. Medidas autosatisfactivas

Las llamadas medidas autosatisfactivas (o medidas cautelares autónomas) aparecen en

un plano diferente al del amparo con medida cautelar. Este panorama es el de la tutela anticipada, resultando por lo tanto un proceso de conocimiento en sí mismo, es decir, se satisface en sí misma.

Con acólitos y detractores dentro del derecho procesal —imposibles de listar en esta propuesta— sin embargo desde hace 20 años aparecen en los expedientes del país.

En la Corte, de la búsqueda de sus fallos completos encontraremos 25 casos (28) así caratulados y entre ellos no vemos que el Alto Tribunal haya analizado si los mismos resultan constitucionalmente viables en el punto en el que provocan la discordancia doctrinaria.

Notaremos de esta reseña que intervino resolviendo cuestiones de competencia producidas en este tipo de procesos, sin definir sobre su validez porque no parece haber llegado este punto a su conocimiento. Sus apariciones en la Corte nacional no son relativas a cuestiones laborales sino sobre el *aborto no punible* (29), con lo cual las medidas cautelares autónomas tienen su mayor protagonismo en el ámbito básico del derecho a la salud o a la vida.

Quien es condenado por una medida cautelar de reinstalación (sea o no autónoma) tiene dos alternativas: acatarla y aceptar un contrato que atenta contra su libertad sin reparación de ningún tipo, y recibir a cambio el trabajo del reclamante en una relación que no quiso ni seguramente nunca quiera.

O repelerla por los medios procesales, que si tiene la fortuna de que sean concedidos con modo suspensivo, lo que lo someterá al castigo de salarios caídos *sine die*, es decir, al pago de un salario por mes a quien no le diera trabajo a cambio, produciendo un enriquecimiento injusto, si es que la situación no se agrava con sanciones por daño moral o astreintes.

El salario tiene su sinalagma en la jornada. Si es que al final del proceso se declara ilegítima la conducta del empleador, el tiempo en el que uno y otro no recibieron las prestaciones sinalagmáticas de la relación laboral (salario uno, trabajo otro) no se equilibra con el pago de los llamados “salarios caídos”.

Si los efectos de sus recursos son devolutivos, pues litigará con las garantías violadas.

Es sabido que los salarios caídos no proceden ni siquiera ante el ejercicio regular del derecho de huelga garantizado constitucionalmente. Sin embargo, es notable que no haya ninguna contemplación a la hora de aplicarlo cuando se trata de quien pide su reinstalación.

La condena autosatisfactiva implica que el obligado no tuvo posibilidad de ejercer su defensa (CS Fallos 320:1789, entre muchos). Por ello la decisión así adoptada constituiría un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio.

La Corte establece que los requisitos de las cautelares deben evaluarse con mayor prudencia en el supuesto de decidirse una inno-

vativa y más todavía, cuando se trata de una cautelar autónoma (30).

Así, se ha señalado que “si la medida autosatisfactiva requerida es independiente de un juicio posterior y la cautelar dispuesta admitió la pretensión inaudita parte, de modo tal que la contraparte no tuvo posibilidad de ejercer su defensa la que, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, la decisión que la concede constituye un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio” (31).

Considerando lo anterior (sobre todo el debido *bilanciamento tra diritti* en un proceso de conocimiento pleno), no resulta posible asegurar que el juzgador pueda ponderarlos en un proceso cautelar autónomo, que por definición obtiene la sentencia sin argumentos, prueba o debate de la contraparte.

De este particular *bilanciamento*, la Corte ha definido finalmente cuál es el peso específico de las garantías constitucionales del empleador el 4 de junio.

Esta evolución —nacida de los votos discordantes de “Álvarez” (32), que con “Laurenzo” toma acabada forma— sostiene que en el marco de nuestro ordenamiento jurídico constitucional la existencia de un despido no puede conducir a la reinstalación forzada del trabajador.

O, al menos, no sin avasallar los derechos humanos del 85% de los empleadores argentinos.

## VIII. Los contratos en prueba

Durante esta emergencia sanitaria se dictó el DNU 329/2020 (prorrogada por el DNU 487/2020) que prohíbe los despidos sin causa o los fundamentados en falta o disminución de trabajo o fuerza mayor (art. 2º de ambos decretos), indicando que los despidos producidos en tales circunstancias “no producirán efecto alguno, manteniéndose las relaciones laborales vigentes y sus condiciones actuales”.

Desde aquí se desprende la carga en el empleador de justificar en el intercambio epistolar, si es que debe producirse una desvinculación, en cualquier otra de las causales posibles para no incurrir en violación de tal prohibición.

La fuerza mayor producida por la merma o la inexistencia de trabajo no es causal que *a priori* pueda invocarse. Es discutible su constitucionalidad, al menos en el caso del pequeño empresario: el bloqueo de esta causal prevista por el Legislador, cuando se trata quizá de la situación de fuerza mayor más típica de los últimos años, nunca tuvo consecuencias tan graves como las de la invalidación. En los albores del año 2002 con la ley 25.561 se estableció la duplicación de los rescargos, pero no su invalidez o mantenimiento forzado como en la normativa que se sancionase en el año 2020.

El bloqueo de estos decretos —aunque sea de modo temporal— si es que impacta en empleadores que no tienen ninguna actividad o ingreso (33) o hayan debido cerrar sus puer-

## { NOTAS }

(20) Que traducido significa “equilibrio” o tal vez “balance”. *Bilanciare* no solo es equilibrar, sino pesar los pros y las contras, emparejar, compensar, sopesar. Cfr. <https://dizionari.repubblica.it/Italiano/B/bilanciare.html>.

(21) SAGÜÉS, Néstor, “Metodología para la enseñanza de los derechos humanos”, LA LEY, 1995-C, 921.

(22) SAGÜÉS, Néstor, “Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª ed., t. II, p. 370.

(23) CS Fallos 303:917; 310:267.

(24) Esta Corte precisó que, tras la reforma que incor-

poró el art. 14 bis, la CN prevé un distinto grado de estabilidad en el empleo según el ámbito público o privado.

(25) Del voto en disidencia en “Álvarez”, consid. 8º.

(26) Del voto que se cita, consid. 9º. Cita la doctrina de CS Fallos 273:87, “De Luca”, 306:1208, “Figueroa” y 321:3081.

(27) Concluyó la Corte entonces, que “cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuen-

tra determinado por la ley respectiva. Este es el modo en que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo”.

(28) Búsqueda del 13/06/2020 en <http://sjconsulta.csn.gov.ar/sjconsulta/fallos/buscar.html#> buscando la frase textual “medida autosatisfactiva”, excluyendo las causales de inadmisibilidad por incumplimiento de la acordada 04/2007, la caducidad de la instancia, o la aplicación del *certiorari*.

(29) “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, CS Fallos 335:197.

(30) CS Fallos 316:1833; 320:1633; 323:3075, entre otros, citados por la Dra. Laura Monti en el dictamen de procuración de Fallos 330:5251.

(31) CS Fallos 330:5251.

(32) Según la doctrina de Lorenzetti, Highton y Argibay a los que hoy se suma Rosenkrantz.

(33) Ver <https://www.lanacion.com.ar/economia/coronavirus-hay-35000-pymes-que-estan-considerando-cerrar-su-negocio-nid2352242>; [https://www.cadena3.com/noticia/resumen-3/hay-61-mil-empresas-en-riesgo-de-cierre-en-el-pais\\_260284](https://www.cadena3.com/noticia/resumen-3/hay-61-mil-empresas-en-riesgo-de-cierre-en-el-pais_260284).

tas definitivamente, puede resultar inconstitucional por infringir la libertad contractual, confiscatorio o irrazonable (art. 14, 17, 19 y 28, CN) y para esto, deberá presentarse y demostrarse —en concreto, en cada caso en concreto y durante el embate constitucional o convencional de la misma— la violación de la voluntad del obligado por parte del Estado, la existencia de un ataque al patrimonio que alcance un margen insuperable, la infracción al reparto republicano de poderes, o la desproporción entre medios y fines de la solución normativa al caso en particular.

Un renglón aparte merece el hecho de que se sostenga este en razones de necesidad o su urgencia mientras el Congreso —como ha dicho la Corte— se encuentra habilitado para sesionar mediante medios virtuales o remotos y que es este poder quien define (debe definir) el contenido de la garantía legalidad del art. 19 de la CN (34).

En este delicado contexto de potestades republicanas, aparecen las acciones por las desvinculaciones producidas dentro de esta emergencia económica y sanitaria de relaciones que estaban en período de prueba. Así, los planteos de reinstalación y pago de salarios caídos llegan a los tribunales desde todos los puntos del país y ya tienen soluciones diversas, y es en este ámbito específico donde queremos hacer especial hincapié, ya que la desvinculación producida por una injuria grave o la incapacidad o la jubilación, el fallecimiento de alguna de las partes, por ejemplo, no se encuentran actualmente en el ámbito de la prohibición.

Las relaciones que se iniciaron dentro del régimen del art. 92 bis de la ley 20.744 antes del inicio de esta emergencia sanitaria y que durante ella fueron resueltas son objeto actualmente de cuestionamiento solicitando la reinstalación y el pago de los salarios caídos.

Los decretos del 2020 no establecen a este respecto una solución específica (solo prohíben el despido incausado o por caso fortuito), por lo que corresponde fijar si una desvinculación durante este período, con la habitual mención de que ella se encuentra bajo

el período de prueba, resulta o no un despido prohibido, o si la relación adquiere estabilidad impropia al tercer mes o desde el momento en que se inicia.

Es posible entender que el período de prueba evidencia un plazo durante el cual la estabilidad impropia se encuentra suspendida, en el cual la ley no confería sino hasta que se cumplan los tres meses el derecho a una indemnización. Esta indemnización es la contracara de la estabilidad impropia, y es según la doctrina de la Corte desde “De Luca” (35) (1969), “Figueroa” (36) (1984), hasta “Madorrán” (37) (2007).

De modo que la invalidación en este ámbito específico de los contratos a prueba, como el pago de salarios caídos, no derivarían de un reglamento razonable de las garantías constitucionales en juego.

Tiene dicho la Corte en “Figueroa” que “una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonable proporcionada al perjuicio sufrido, pero *no puede admitirse como legítima la carga a seguir abonando remuneraciones habiendo cesado la relación laboral por voluntad inequívoca del empleador de prescindir de los servicios del dependiente*” y que no corresponde “suprimir el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal, con menoscabo de la garantía del art. 14 de la CN que consagra la libertad de comercio e industria”.

Las relaciones que se encontraban o encuentran atravesando los primeros tres meses de la relación laboral no gozan aun de la estabilidad impropia del art. 14 bis de la CN y por consiguiente no son alcanzadas por la prohibición de los DNU ya referidos.

Debe observarse la naturaleza jurídica de la relación el minuto anterior a que la normativa de emergencia fuese dictada. Ninguna de las dos partes que iniciaron la relación quiere o espera que ella continúe forzosamente para cualquiera de ellas. Su finalidad es que el dependiente tenga la posibilidad de experimentar

si el empleo obtenido resulta de su conveniencia y que el empleador pueda apreciar las aptitudes que ostenta el trabajador para cubrir el puesto de trabajo vacante.

El convenio 158 de la OIT estableció que se excluyen de la protección por estabilidad “los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”. Antes de su primer reconocimiento en letra expresa de ley, la Argentina interpretaba que ese período era de tres meses (38).

En la Argentina la prohibición suspendió este derecho por mucho más que los tres meses del art. 92 bis de la LCT (ya superaron los tres meses desde el primer DNU, sancionado el 31/03/2020). ¿Es posible afirmar que la naturaleza provisoria de la relación mutó, por el advenimiento de las normas de emergencia, a una especie de relación forzosa? ¿Cesó por la emergencia la presunción de que los contratos de trabajo a tiempo indeterminado durante los tres primeros meses es celebrada a prueba?

Entendemos que la negativa se impone. Teniendo en cuenta la doctrina de la Corte en “Laurenzo”, no es posible afirmar que la garantía de libertad de contratar esté suspendida o que la naturaleza de los contratos haya variado.

Ahora bien, los decs. 329 y 487 dicen que los prohibidos son los “despidos sin justa causa”, en los arts. 2º de cada uno. Mientras que el art. 92 bis de la LCT dice que cualquiera de las partes puede extinguir la relación durante ese lapso de tres meses “sin expresión de causa”.

Es algo similar, pero no idéntico, ya que cuando se produce la desvinculación dentro del período de prueba, basta para indicar la notificación de la voluntad rescisoria y la invocación del art. 92 bis de la LCT, para dejar establecido legalmente que la prueba no funcionó. En los casos de período de prueba, las partes pueden desvincular sin expresar la

causa, lo que *no implica que la causa justa no exista, sino simplemente que no debe ser expresada en la desvinculación*.

Es muy útil también hacer el siguiente razonamiento para establecer la naturaleza de la relación durante la prueba. Supongamos que un empleador de una de las actividades esenciales decide contratar a un nuevo empleado durante esta emergencia sanitaria. ¿Pierde la posibilidad de probar si la relación funciona? ¿Se ha suspendido la presunción del art. 92 bis de la ley o la excepción del convenio 158 de la OIT?

Notemos que los decretos prohíben los despidos sin causa, por dos meses, indicando que las relaciones permanecen como estaban. ¿Deberán quedar ligadas las partes de por vida merced a una invalidación producida en este lapso? Viendo la respuesta de la Corte en “Laurenzo”, se impone una rotunda negativa.

Más aún, en el caso del emprendedor que como hemos visto es una enorme mayoría del país, debe notarse que la Corte Interamericana ha protegido a través del art. 21 de la CADH, a los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas a aquellos de todo tipo, inclusive los de contratar a prueba.

Para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad “debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social y sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos, practicarse según las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención” (39).

Sometido bajo este estándar de la Corte, es sencillo advertir que los derechos del empresario resultan limitados sin indemnización y ley en sentido formal, cayendo entonces el Estado en responsabilidad por inconvencionalidad.

Cita online: AR/DOC/2271/2020

## { NOTAS }

(34) En sentencia del 24/04/2020, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”. Pondera la Corte que el “Legislativo se encuentra en su carácter de más directo representante de la voluntad popular, toda vez que es el Congreso el órgano representativo por naturaleza, quien refleja más fielmente a la sociedad política y el ámbito de elaboración de la ‘voluntad

general’ que se expresa en la Ley como el acto de gobierno por antonomasia en el Estado de Derecho. El art. 19 de la CN enfatiza ese criterio cuando fija llamado ‘principio de legalidad’, el límite entre lo prohibido y lo permitido. La república representativa, adoptada para el gobierno de la Nación en nuestra Constitución, se funda en el respeto a la Ley como expresión de las mayorías y en el respeto a la Constitución como garantía de las minorías

contra los eventuales abusos de aquellas. Por eso nada es superior a la ley, excepto la Constitución” (consid. 10).

(35) “De Luca, José E. y otro c. Banco Francés del Río de la Plata s/ reincorporación y cobro de pesos”, Fallos 273:87.

(36) CS Fallos 306:1208.

(37) CS Fallos 330:1989.

(38) Así se dictó hace 40 años el Plenario 218/79

(“Sawady”) de la CNAT en la que se reglamentara que “El trabajador con antigüedad no mayor de tres meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 266 de la LCT (texto originario)”.

(39) Corte IDH, 21/11/2007, “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C 170, ap. 174.

## JURISPRUDENCIA

### Prueba

**Traslado de la oposición de la prueba ofrecida por la parte demandada. Revocación de sentencia.**

Le asiste razón a la demandada en cuanto a que el traslado ordenado por el juez, referido a la oposición efectuada por la parte actora a la prueba ofrecida por la demandada en su escrito de contestación de demanda, no se encuentra previsto en el Código de rito. Es decir que, una vez formulada la oposición, el juez estaba en condiciones de resolver sobre ese punto, ya que, como regla, todo traslado se presume decretado en calidad de autos debiendo el juez o tribunal dictar resolución sin más trámite (art. 150 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

cretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación s/ Empleo público.

[Cita on line: AR/JUR/44355/2020]

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, septiembre 29 de 2020.

*Considerando:* I. Que, por medio de la providencia del 16 de agosto de 2019 el magistrado de la anterior instancia ordenó que se corriera traslado a la parte demandada del incidente de nulidad promovido por la parte actora contra el auto del 28 de junio de 2019, asimismo, en esa providencia se dispuso que se corriera traslado de la oposición a la prueba informativa y documental, ofrecida por la parte demandada en el escrito de contestación de demanda (v. párrafos primero y segundo, a fs. 163).

II. Que, contra dicha providencia, el día 4 de septiembre de 2019 la parte demandada

interpuso recurso de reposición con el de apelación en subsidio. El día 13 de septiembre de 2019 el juez rechazó el primero y concedió el segundo, cuyos agravios fueron contestados de manera extemporánea por la parte actora (v. providencia del 25 de octubre de 2019, agregada a fojas 205).

En su memorial, la parte demandada manifiesta que el incidente de nulidad de la parte actora fue promovido de manera extemporánea, por lo que sostiene que los aspectos vinculados a la falta de personería del letrado apoderado de la parte demandada quedaron consentidos. En particular, destaca que la parte actora quedó notificada de la providencia del 28 de junio del 2019 (por medio de la cual el magistrado de la anterior instancia tuvo a aquel por presentado, por parte, y por contestada la demanda) el día 12 de julio de 2019, por lo que el plazo para promover el incidente de nulidad venció el día 19 de julio de ese año. Sostiene que, en con-

secuencia, el incidente de nulidad promovido por la actora el día 8 de agosto de 2019 fue planteado ya vencido el plazo establecido en el artículo 170 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Por otra parte, se agravia por considerar que el traslado de la oposición de la parte actora a la prueba ofrecida por su parte en el escrito de contestación de demanda no está previsto en el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. En particular sostiene que lo ordenado por el *a quo* implica, en los hechos, una “réplica”; instituto que no está regulado en el Código de rito. Insiste en que, de no dejarse sin efectos dicho traslado, se estaría convalidando una sucesión interminable de traslados respecto de cada uno de los planteos u oposiciones introducidos por cada una de las partes.

III. Que, en primer lugar, no corresponde pronunciarse con relación a la tempestivi-

dad del planteo de nulidad efectuado por la parte actora, pues, según resulta del sistema informático “lex 100”, este fue resuelto por el magistrado de primera instancia el día 25 de octubre de 2019, auto que se encuentra firme y consentido y no fue recurrido por la parte demandada (v. providencia del 25 de octubre de 2019, fs. 208).

IV. Que, sentado ello, con relación a los agravios relativos al traslado de la oposición de la prueba ofrecida por la parte demandada, cabe señalar que el 21 de junio de 2019, en oportunidad de contestar demanda, la demandada ofreció como prueba documental la “Impresión página web: *Noticiasmercedinas.com*, donde se menciona al señor Ovejero como personal jerárquico”; y como prueba informativa: a) oficios a la Dirección de Recursos Humanos y Organización de la Dirección General de Administración de la Secretaría Legal y Técnica a fin de que se remita el legajo único personal del actor; b) oficio a la Oficina Nacional de Empleo Público para que informe los lugares en donde se desempeñó el actor, las funciones y los períodos; c) oficio a “la publicación *Noticias Mercedinas.Com*”; d) oficio al Ministerio de Salud - Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos “Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas”.

En virtud de ello, el 28 de junio de 2019, el magistrado de primera instancia, en cuanto aquí interesa, dispuso el traslado a la parte actora de la prueba ofrecida por la parte demandada. Ese traslado fue contestado el 8 de agosto de 2019 por la parte actora, quien se opuso a la prueba documental y a la prueba informativa ofrecida por la demandada.

V. Que le asiste razón a la demandada en cuanto a que el traslado ordenado por el *a quo*, referido a la oposición efectuada por la parte actora a la prueba ofrecida por la demandada en su escrito de contestación de demanda, no se encuentra previsto en el Código de rito. Es decir que, una vez que formulada la oposición referida, el juez estaba en condiciones de resolver sobre ese punto, ya que, como regla, todo traslado se presume decretado en calidad de autos “debiendo el juez o tribunal dictar resolución sin más trámite” (art. 150 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Al respecto, es dable destacar que es pacífica la jurisprudencia relacionada a que carece de importancia rebatir los hechos o el derecho invocados en la contestación de demanda, pues cuando son contradictorios con los que propone el demandante, la relación jurídica controvertida ya está formada y resulta superfluo volverla a reiterarla; en todo caso la argumentación sobre el particular corresponderá, eventualmente, al presentarse los alegatos (conf., en el mismo sentido, esta Sala, en su anterior composición, en “Ranquel Pictures SRL c. Incaa - Res. 1802/1997 s/ proceso de conocimiento”, N° 24.616/98, del 22 de noviembre de 1999; y, Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, “Rival, Héctor A. c. UPS Argentina SA s/ incumplimiento de contrato”, N° 289/2017, del 16 de agosto de 2018 y sus citas; Falcón, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado Concordado y Comentado”, Astrea, T. II, ps. 641 y ss.).

Por lo expuesto, se resuelve: 1) admitir parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada, 2) revocar la providencia del 16 de agosto de 2019 en cuanto a la parte en que ordenó correr el traslado de la oposición a la prueba ofrecida por la parte demandada, 3) imponer las costas por su orden en atención a la forma en que se decide (art. 68, segunda parte, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Guillermo F. Treacy*. — *Jorge F. Alemany*. — *Pablo Gallefos Fedriani*.

## Vacunación en pandemia

**Intimación a los progenitores de una niña para que concurran a un establecimiento médico a vacunar a su hija. Interés superior.**

1.- La intimación realizada a los progenitores de una niña para que concurran a un establecimiento médico a fin de que le apliquen a aquella las vacunas del Calendario Nacional de Vacunación de la República Argentina aun en contexto de pandemia debe confirmarse, pues en situaciones donde se encuentra en riesgo la salud de la niña no debe atenderse a la mayor comodidad de alguno de los progenitores ni deben convertirse en una ocasión para reavivar discrepancias que dejan de lado el interés superior de la niña, para anteponer los propios, tal como lo evidencia la conducta desplegada por la apelante; la que no puede ser admitida.

2.- La demora de casi dos meses en el cumplimiento de la decisión que intima a los progenitores de una niña a concurrir a un establecimiento médico a vacunarla, tiempo más que suficiente para que si la intención de la madre era cumplir con la manda judicial, de una u otra forma, podría haberla llevado a cabo, y sin que ello sucediera, hasta el presente, conduce al rechazo de las quejas a estudio del tribunal.

CNCiv., sala D, 28/09/2020. - D., S. R. c. B., A. F. s/ Incidente familia.

[Cita on line: AR/JUR/42150/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 28 de 2020.

*Considerando:* I. Viene el expediente elevado en forma digital a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la señora A. F. B. con fecha 5 de agosto de 2020, contra la decisión del 3 de agosto de 2020, por la cual se intima a los padres I. para que dentro del plazo de 48 horas concurran al establecimiento médico y/o centro de vacunación perteneciente a su cobertura médica o a un hospital público de esta Ciudad a fin que le apliquen a la niña las vacunas Triple Bacteriana Acelular, Antimenigocócica y Vris del Papiloma Humano y demás del Calendario Nacional de Vacunación de la República Argentina, debiendo adjuntar al expediente inmediatamente copia de la libreta de vacunación que acredite dicha aplicación e informar donde fue vacunada a efectos de requerir oficio para que se informe al Juzgado interviniente al respecto, todo ello bajo apercibimiento de disponer su vacunación en forma compulsiva con intervención del SAME y de la Policía de la Ciudad y de ponderar la aplicación de una multa de carácter ejemplar y progresiva, tal como lo solicitara la Defensora de Menores e Incapaces de Primera Instancia.

Con el memorial presentado el día 18 de agosto de 2020, se funda el recurso. Su traslado fue contestado el día 23 de agosto de 2020. Sus agravios se centran exclusivamente en el plazo otorgado para cumplir con la manda judicial, solicitando que el mismo comience a correr una vez que se disponga el levantamiento de del aislamiento social preventivo y obligatorio.

Con posterioridad, el día 28 de agosto de 2020, informa que no se opone a la vacunación de su hija, pero solicita que esa vacunación se efectúe en su domicilio por ser un ámbito de mayor protección para la niña, debiendo avisarle con una semana de antelación.

II. La recurrente sin fundamento alguno cuestiona los plazos otorgados para vacunar a

su hija, en el memorial se queja por lo exiguo y solicita que se suspenda hasta el levantamiento del aislamiento social preventivo y obligatorio, para luego solicitar que la vacunación se realice en su domicilio por ser más seguro para la niña.

Al respecto cuadra señalar que la decisión apelada data del 3 de agosto de 2020 y que la última propuesta efectuada por la quejosa es del 28 de agosto de 2020, es decir, que han transcurrido desde la primera más 57 días y de la segunda 30 días, tiempo más que suficiente para que si la intención de la señora B. era cumplir con la manda judicial, de una u otra forma, podría haberla llevado a cabo, sin embargo nada de ello acaeció, hasta el presente, lo que conduce al rechazo de las quejas a estudio.

Sucede que en situaciones como la de autos donde se encuentra en riesgo la salud de la niña no debe atenderse a la mayor comodidad de alguno de los progenitores, ni deben convertirse en una ocasión para reavivar discrepancias que dejan de lado el interés superior de I. D., para anteponer los propios, tal como lo evidencia la conducta desplegada por la apelante, la que no puede ser admitida.

Al respecto cuadra señalar que, como sucede en la especie, donde se encuentran involucrados los derechos de menores la solución a la que arribe el tribunal debe atender al “interés superior del niño”, por así imponerle el sentido común y la Convención de los Derechos del Niño. Este concepto representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades, en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta pertinente y útil asociar dicho “interés del niño” con sus derechos fundamentales. Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos. Debe establecerse en cada caso si la voluntad o acción de los padres o guardadores afecta los diversos derechos del niño o adolescente (Grossman, Cecilia, “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, LA LEY, 1993-B, 1089 y CSJN, Acordada N° 05/2009 que adhiere a las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condición de Vulnerabilidad”, aprobadas por la “Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana”).

Por otra parte el Tribunal no desconoce la situación actual de alta circulación del virus COVID-19, lo que impone por parte de los padres que tomen todas las medidas de protección necesarias (barbijo, lavados de manos, protección ocular, etc.) para que la vacunación de la niña se realice en debida forma y evitar de este modo cualquier situación no deseada.

Si a ello se suma lo dictaminado por la señora Defensora de Menores e Incapaces de Cámara con fecha 17 de septiembre de 2020, cuyos fundamentos se comparten y se dan aquí por reproducidos, a efectos de evitar reiteraciones innecesarias, no cabe duda que lo decidido en la resolución en crisis, como fuera expuesto, se encuentra ajustada a derecho.

Por los fundamentos expuestos y dictamen de la señora defensora de menores e incapaces de Cámara del 17 de septiembre de 2020, se resuelve: Desestimar las quejas a estudio, con costas a la vencida. Regístrese, protocolícese, notifíquese a las partes y a la señora Defensora de Menores e Incapaces de Cámara a los domicilios electrónicos constituidos en el Sistema de Administración de Usuarios (SAU). La presente resolución será remitida al Centro de Información Judicial a los fines de su publicación en los términos de la ley 26.856, su decreto reglamentario 804/13 y las acordadas de la CSJN 15/13 y 24/13. Oportunamente devuélvase digi-

talmente a la instancia de grado. Resolución N° 701/2020 y 1004/2020. — *Patricia Barbieri*. — *Gastón Polo Olivera*. — *Juan P. Rodríguez*.

## Seguros

**Solvencia de las aseguradoras. Organismo de contralor. Falta de legitimación pasiva. Competencia. Sucursales de la aseguradora.**

1.- La vaga y genérica mención de tratarse de un órgano de contralor de la compañía de seguros, que debe velar por su futura solvencia, es insuficiente para demandar a la Superintendencia de Seguros de la Nación, si no existe una imputación concreta del incumplimiento de un deber legal. Una conclusión contraria llevaría al extremo de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera.

2.- No constituye función del órgano estatal salvaguardar la solvencia de las aseguradoras, ya que no existe un deber legal impuesto de garantizar la permanencia de todas las compañías en el mercado del seguro y menos aún de responder por los eventuales daños que se pudieran producir ante su liquidación.

3.- Se debate la responsabilidad civil por un accidente de tránsito, donde se ha citado en garantía a una compañía de seguros, sin que pueda considerarse parte sustancial al ente estatal, desde que no se efectuó una imputación concreta sobre su actuación. La actora ha traído al proceso a la Superintendencia de Seguros de la Nación con sustento en argumentos meramente conjeturales y sobre un temor futuro de no percibir su eventual indemnización, lo que revela la inconsistencia de su postura.

4.- En materia de asignación de competencia territorial en las causas en que se ha dado intervención a una compañía aseguradora, corresponde analizar las situaciones de hecho que se verifican en cada caso, de manera tal de determinar la relevancia que adquiere la circunstancia de hallarse la aseguradora domiciliada en la jurisdicción, el lugar eventual donde se contrató el seguro, sin que corresponda tampoco en este caso realizar distinción alguna entre agencia o casa matriz.

CNCiv., sala M, 21/09/2020. - López, Fabiana Griselda c. EN - Superintendencia de Seguros de la Nación y otros s/ Daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/44156/2020]

### COSTAS

Se imponen en el orden causado.

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 21 de 2020.

*Considerando:* I. La parte actora apeló la resolución de fecha 5 de febrero de 2020, mediante la cual se admitió la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Superintendencia de Seguros de la Nación y se hizo lugar a la excepción de incompetencia deducida por los demandados Ramírez, “S.I. Montajes” y la citada en garantía La Segunda.

El memorial presentado el 12 de marzo del corriente, fue replicado por los demandados y citada en garantía el 27 del mismo mes y año. Allí se agravó que se apartara del proceso al órgano estatal, a quien se había demandado por resultar el ente de contralor de la compa-

ña de seguros, en tanto que debía velar por su futura solvencia. También criticó la decisión de declarar la incompetencia de la justicia nacional en lo civil, con sustento en la existencia de una sucursal de la aseguradora en esta ciudad, lo que justificaría —a su juicio— la opción de litigar en esta jurisdicción.

El Fiscal de Cámara dictaminó con fecha 16 de septiembre de 2020 y propició que se confirmara el decisorio apelado.

II. Este Tribunal coincide con el orden metodológico seguido por el distinguido colega de grado, en punto al esclarecimiento —como primera medida— acerca de la legitimación de la Superintendencia de Seguros de la Nación, ya que la suerte de la defensa opuesta por el ente estatal incidirá sobre la definición de la competencia territorial, que también se encuentra en tela de juicio.

La legitimación procesal es el requisito en virtud del cual debe mediar coincidencia en

tre las personas que efectivamente actúan en el proceso, y aquéllas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva), respecto de la materia sobre la cual el proceso verse (cfr. Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1975, p. 406; Roland Arazi, “Pluralidad de partes en el proceso Civil”, LA LEY, 1988-E, 1122; esta Sala, “De Pasquales, Gustavo E. c. Cons. de Prop. Piedras 664/66/68 y otro s/ daños y perjuicios derivados de la Prop. Horiz.” del 17/05/2018).

Al respecto, cabe señalar que la vaga y genérica mención de tratarse de un órgano de contralor de la compañía de seguros, que debe velar por su futura solvencia es insuficiente para demandar a la Superintendencia de Seguros de la Nación, sino existe una imputación concreta de un incumplimiento de un deber legal. Una conclusión contraria llevaría al extremo de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera

(conf. doctrina de Fallos: 329: 2088 y 332: 2328; 341:1555).

En efecto, no constituye función del órgano estatal la de salvaguardar la solvencia de las aseguradoras, ya que no existe un deber legal impuesto de garantizar la permanencia de todas las compañías en el mercado del seguro y menos aún de responder por los eventuales daños que pudieran producir ante su liquidación (Fallos: 335:1939).

Tampoco es posible soslayar la diferencia entre las competencias del citado ente oficial para ejercer el poder de policía, de carácter eminentemente administrativo, y la actividad aseguradora que es típicamente comercial. De allí que el deber del Estado de fiscalizar —ya sea examinando todos los elementos atinentes a las operaciones de los aseguradores, adoptando medidas correctivas o bien sancionando los incumplimientos—, no pueden ser entendidos como una garantía contra la insolvencia de los operadores, porque de ser ello así, traería aparejado que los riesgos de la actividad comercial de las aseguradoras se transfirieran al Estado. A tal efecto, es menester también recordar que la competencia que la ley 20.091 acuerda a las SSN, ante el incumplimiento de los entes aseguradores del plan de saneamiento, se agota en la potestad de revocar la autorización para operar en seguros (art. 48, incs. b, d y f de la ley 20.091; Fallos: 335:1939).

Aquí se debate, en definitiva, la responsabilidad civil por un accidente de tránsito, en la que se ha citado en garantía a una compañía de seguros, sin que pueda considerarse parte sustancial al ente estatal, desde que no se efectuó una imputación concreta sobre su actuación. La actora ha traído al proceso a la excepciónante con sustento en argumentos meramente conjeturales y sobre un temor futuro de no percibir su eventual indemnización, lo que revela la inconsistencia de su postura.

Por ello, mantener a la Superintendencia de Seguros de la Nación como garante de una obligación que legalmente no se encuentra prevista, resulta inadmisibles, lo que conduce a desechar los agravios formulados.

III. El artículo 5, inciso 4º del Cód. Procesal, dispone que, en las acciones personales derivadas de delitos o cuasidelitos, es juez competente el del lugar del hecho o el del domicilio del demandado, a elección del actor y de acuerdo con lo previsto por el art. 118 de la ley 17.418, si se cita en garantía a la aseguradora del demandado, la demanda puede ser interpuesta también ante el Magistrado con jurisdicción en el domicilio de la compañía de seguro.

Del juego armónico de las normas citadas, se puede concluir que cuando en una acción de daños y perjuicios el damnificado extiende su reclamo contra el asegurador del demandado, puede interponer la demanda en forma facultativa ante el Juez del lugar del hecho, el del domicilio del accionado o el de la compañía aseguradora, interpretando por largo tiempo la jurisprudencia, que podía hacerlo también ante el de cualquier agencia o sucursal de ella, pues el art. 118 no hace distinción alguna al respecto.

Sin embargo, como lo ha sostenido este Tribunal en numerosos precedentes similares, en materia de asignación de competencia territorial en las causas en que se ha dado intervención a la compañía aseguradora, corresponde analizar las situaciones de hecho que se verifican en cada caso, de manera tal de determinar la relevancia que adquiere la circunstancia de

hallarse la aseguradora domiciliada en la jurisdicción, el lugar donde se contrató o no el seguro, sin que corresponda tampoco en este caso realizar distinción alguna entre agencia o casa matriz.

En autos no existe controversia en relación con que el hecho denunciado ocurrió en la Provincia de Chaco, lugar donde tienen su domicilio los demandados y donde se contrató el seguro. A su vez, la casa central de la citada en garantía se encuentra fuera de esta jurisdicción (Rosario, Provincia de Santa Fe).

La competencia territorial persigue allanar a las partes los inconvenientes derivados de la distancia, pero a su vez, procura obtener un mayor rendimiento jurisdiccional, debido a la proximidad con el órgano judicial. Es decir, tiende a facilitar la actuación procesal de las partes en cuyo interés ha sido establecida, atendándose la clase de acción que se ejerce.

En lo concerniente a las acciones personales, la regla general en materia de competencia territorial es que aquellas deben iniciarse ante los jueces del domicilio del lugar del hecho, lo que se funda en la necesidad de facilitar a las partes la defensa de sus derechos.

En este orden de ideas, el domicilio de los litigantes es la sede propia y natural del pleito y el juez allí competente es el que normalmente regirá aquellos, pero como puede suceder que las partes no vivan en el mismo lugar, la ley prefiere al demandado, en razón de que corrientemente no es él quien elige la oportunidad del litigio y que no debe ocasionarse más perjuicios que los estrictamente indispensables, mientras la justicia no lo condene.

Por ello, en general, la competencia en las acciones personales se determina, en su caso, por el domicilio del demandado (esta Sala, R. 434880, 506973, 603989).

En atención a lo expuesto, teniendo en miras la preservación del principio de economía procesal y a los fines de la producción eficaz y rápida de los medios probatorios ofrecidos por cada una de las partes y el derecho de defensa en juicio, considera este Tribunal que la solución más compatible con tales principios que los tribunales deben procurar, en aras de lograr la mayor economía de tiempo, costos y esfuerzos (art. 34 inc. 5 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), es que corresponde confirmar la resolución recurrida.

En este sentido se han pronunciado la Sala “E” de este Tribunal en los autos “Gans, E. G. c. Dacuinda, J. C. y otros s/ daños y perjuicios” del 13/11/1998; la Sala “I”, en autos “Geist, L. N. y otro c. Eberle, J. R. y otro s/ daños y perjuicios” del 30/09/1999, y la Sala “G” en autos “Canova de Ronchi, C. E. c. Aladio SA s/ daños y perjuicios” del 14/02/2000; esta Sala en Expte. N° 293.537, N° 367041, N° 518.661, entre otros).

Por ello, los agravios serán desestimados.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, el Tribunal resuelve: I. Confirmar la resolución de fecha 5 de febrero de 2020; II. Las costas de Alzada serán impuestas en el orden causado, por no existir uniformidad jurisprudencial sobre la materia debatida y por no haber mediado oposición de la Superintendencia de Seguros de la Nación (art. 69, del Cód. Procesal). Regístrese, notifíquese a las partes, al Sr. Fiscal y oportunamente, devuélvase. Se deja constancia que la Vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente.* — *Gabriela A. Iturbide.*

## Jornadas de Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia.

A 5 años del Código Civil y Comercial de la Nación  
Preparatorias de las XXVIII Jornadas Nacionales de  
Derecho Civil Mendoza



 **Dirección:** Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer y Marisa Herrera

 **Fechas:** 28 y 29 de octubre

 **Modalidad:** Online - Sin cargo - Cupos limitados

No pierdas una excelente oportunidad para profundizar y analizar críticamente los debates más actuales del derecho de las familias.



Conocé la agenda e inscribite aquí

Organiza:

Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia

 THOMSON REUTERS®

## En memoria de Julio Maier

Kai Ambos (\*)

Los editores me han solicitado la realización de una pequeña contribución para el fascículo en recuerdo del lamentable fallecimiento de Julio Maier, el día 13/07/2020. Con agrado he dado cumplimiento a dicha solicitud. Lo anterior, sin embargo, no sin cierta vacilación, pues, en esencia, mi relación con Julio Maier fue de naturaleza científica y no tuvo la profundidad ni la intensidad de la de alguno de sus estudiantes, como, p. ej., la de mis amigos Daniel Pastor y Máximo Langer o también, la de Fabricio Guariglia, para quienes la pérdida de su gran maestro, y al mismo tiempo, su amigo paternal, ha sido seguramente muy dolorosa. Por esa razón, aquí puedo contribuir solo con algunas reflexiones, que, sobre todo, hacen referencia a la influencia científica de Maier en América Latina y más allá, incluyendo en Alemania.

Conocí personalmente a Julio Maier con motivo de un proyecto de investigación referido a la reforma procesal penal latinoamericana, el cual me correspondió conducir como colaborador competente del (entonces) (1) Instituto Max Planck para el Derecho extranjero e internacional al final de los años noventa del siglo pasado (2). Julio Maier fue buscado por nosotros, toda vez que en ese momento era uno de los mayores expertos en el área del Derecho Procesal Penal latinoamericano y, al mismo tiempo, tenía una estrecha relación con Alemania desde los años sesenta del siglo pasado (en Bonn como becario Humboldt con Armin Kaufmann, también en Frankfurt/Main con Winfried Hassemer, en Colonia con Hans Joachim Hirsch y Hilde Kaufmann, en Munich con Reinhart Maurach, Claus Roxin y Klaus Volk, así como en Münster con Eberhard Struensee y Friedrich Dencker). Así Maier vivió y estudió varios años en mi país y manejó muy bien el idioma alemán. A él se debe su influyente traducción de la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafprozessordnung*, StPO) (3), la cual permitió a muchos científicos y colegas hispanohablantes, el acceso al Derecho Procesal Penal alemán. Maier era gran conocedor y cercano al Derecho Procesal Penal alemán, pero eso no le restaba una visión crítica, lo que se evidencia, entre otras cosas, en su objeción a numerosas características estructurales y reglas de la StPO (4). En mi recuerdo se encuentra especialmente presente su —acertada— censura, al hecho que, entre el tribunal que en la fase intermedia ordena la

CONTINÚA EN PÁGINA 6

# El Derecho Internacional de Control de Drogas: origen, expansión y erosión

Sebastián Scheerer (\*) (\*\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El Régimen Internacional de Control de Drogas.— III. Antecedentes históricos (1898-1911).— IV. Estructura internacional (1912-1932).— V. Implementación (1933-1960).— VI. Expansión (1961-1987).— VII. La escalada (1988-2011).— VIII. Erosión (2012 hasta la fecha).— IX. El panorama.

## I. Introducción

Las convenciones internacionales de la fiscalización de estupefacientes están perdiendo fuerza desde hace algún tiempo. Algunas iniciativas nacionales violan el principio de la prohibición (mediante la legalización del *cannabis*), mientras otras violan directamente los derechos humanos y así el fundamento también de dichas convenciones. Las tendencias contemporáneas desafían la validez empírica de las normas internacionales tan es así que ya se habla de un inminente colapso del *Orden Mundial sobre las Drogas* (1). En última instancia, una tal caída del régimen internacional de las drogas podría ser interpretada como una expresión tardía de una suma de errores de larga data, alojados en el propio régimen jurídico.

## II. El Régimen Internacional de Control de Drogas

### II.1. El fundamento normativo

El Derecho Internacional sobre las Drogas nació con la *Convención Internacional del Opio* de 1912 y (2), tras un período de rápido crecimiento, el conjunto de normas ramificadas se consolidó en un texto único después de medio siglo. La consiguiente *Convención Única sobre Estupefacientes* de 1961 (3) es la principal base jurídica para la fiscalización internacional de drogas, a pesar de que fue complementada por dos convenciones adicionales: la *Convención sobre sustancias sicotrópicas* (1971) y la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* (1988) (4).

La *Convención Única* contiene los principios para el control; denomina y clasifica una cifra *in crescendo* de sustancias que, por ahora, supera con creces el centenar; y (5), al mismo tiempo, define las competencias de los organismos creados por un entramado de normas internacionales (6). Las tres convenciones en conjunto determinan no solo las líneas básicas, sino también numerosos detalles dentro de la legislación de las partes o países contratantes,

que van desde formularios de importación y exportación, así como las normas para la expedición de recetas, el almacenamiento en las farmacias y mucho más.

### II.2. Los objetivos

El ex jefe del Servicio de Fiscalización de Drogas de la Sociedad de Naciones, Bertil A. Renborg, había explicado en 1957 los objetivos del *Sistema de Fiscalización Internacional de Drogas* (7):

“El objetivo de la fiscalización internacional puede enunciarse de manera muy sencilla: prevenir el uso indebido de estupefacientes, asegurando al mismo tiempo su continua disponibilidad para fines médicos y científicos. Para lograr estos objetivos, los instrumentos internacionales sobre estupefacientes no solo prescriben normas en el ámbito internacional, sino que también definen las medidas de fiscalización que deben mantenerse en cada país” (8).

Detrás de esto, sin embargo, había —y continúan existiendo— varios supuestos que dan por sentada la crisis más reciente del régimen, los cuales se resumen de la siguiente manera:

— Hay sustancias psicoactivas cuya naturaleza peligrosa exige que se prohíba desde su cultivo, fabricación, transporte y uso (prohibición).

— Existe un uso legítimo de algunas de estas drogas, para las cuales deben existir excepciones a la prohibición (sujetas a autorización).

— Solo es legítimo el uso para fines médicos y científicos oficialmente autorizados (el uso motivado por causas personales es considerado como un abuso).

— La línea entre el uso permitido y el uso prohibido debe ser trazado a nivel mundial mediante similares criterios y manera. Solo un conjunto de normas globalmente uniformes y vinculantes puede satisfacer los usos legítimos

sin poner en riesgo la prohibición (uniformidad global).

— La adicción y el uso indebido, con todas sus consecuencias sociales negativas, solo pueden prevenirse eficazmente en el caso de las drogas en cuestión, asegurando que su producción mundial satisfaga únicamente los usos legítimos e impidiendo toda oferta de drogas fuera de esta esfera de legitimidad (economía planificada).

— La eficaz organización de un mundo libre de drogas, en este sentido, requiere una autoridad central que defina las necesidades de manera autorizada, organice la producción, supervise la distribución hasta llegar a la previsión de sus usos; y, finalmente, sancione las desviaciones (sede mundial).

### II.3. Órganos y actores

Las tareas de la fiscalización internacional de drogas —y que anteriormente habían sido asignadas de forma temporal a la *Sociedad de Naciones*— fueron transferidas a las *Naciones Unidas* (ONU) en 1946. Allí, la *Comisión de Estupefacientes* (CND), como el máximo órgano de decisión sobre la política de drogas, así como la *Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes* (JIFE), como su órgano ejecutivo, encontraron un nuevo hogar dentro del *Consejo Económico y Social* (ECOSOC).

Además de estar integrada por 53 Estados, la Comisión de Estupefacientes es una de las ocho comisiones orgánicas del Consejo Económico y Social y decide, entre otras cuestiones, qué drogas se someterán a la fiscalización internacional o cuáles se retirarán de ella, así como de qué manera y en qué categoría (lista) de la fiscalización internacional se inscribirán o reclasificarán (9). Para ello, este órgano cuenta con el asesoramiento del *Comité de Expertos en Farmacodependencias* de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el cual está integrado

CONTINÚA EN PÁGINA 2

En memoria de Julio Maier

Kai Ambos ..... 1

## DOCTRINA

El Derecho Internacional de Control de Drogas: origen, expansión y erosión

Sebastián Scheerer ..... 1

Los significados judiciales del castigo

Ezequiel Kostenwein ..... 7

Genealogía de la confesión en el Sistema Penal según Michel Foucault

Alejandro Piagentini ..... 12

# El Derecho Internacional de Control de Drogas: origen, expansión y erosión

VIENE DE TAPA

por 18 expertos, aunque también escucha la opinión al respecto de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE).

Los 13 miembros de la JIFE son elegidos por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas no como representantes de los Estados, sino como expertos independientes. Se considera que la JIFE —a menudo denominada simplemente como la *Junta* en el ámbito de las Naciones Unidas en Viena, lugar donde se concentran los organismos de fiscalización de drogas— tiene mucha confianza en sí misma, dado que se encarga de supervisar la aplicación nacional de las convenciones sobre drogas, así como las medidas de represión necesarias. En su calidad de órgano con expertos cuasi jurídicos de primera y última instancia (es decir, únicos), posee también las suficientes facultades de sanción para persuadir a los Estados contratantes de que cumplan con sus numerosas obligaciones (10).

Finalmente, se encuentra la *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito* (ONUDD), que dentro del Consejo Económico y Social responde funcionalmente a dos órganos rectores a saber: la Comisión de Estupefacientes (CND) y la Comisión para la Prevención del Delito y Justicia Penal (CCPCJ) (11). Su principal tarea es ayudar a los gobiernos para la adopción y aplicación de las convenciones internacionales a fin de luchar contra las drogas, la delincuencia organizada, el terrorismo y/o la corrupción. También proporciona asistencia técnica y financiera a través de sus 21 oficinas en territorio. Tiene alrededor de 2000 funcionarios y un presupuesto anual no menor de 1000 millones de dólares (el 90% provie-

ne de donaciones voluntarias de los Estados interesados). En muchos casos, coopera con la Agencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos para la *Administración del Control de Drogas* (DEA), que cuenta con unos 10.000 empleados y un presupuesto anual de unos 3000 millones de dólares y que, en su calidad de organismo de lucha contra las drogas de los Estados Unidos, también actúa de forma planetaria (12).

## III. Antecedentes históricos (1898-1911)

El punto de partida para el establecimiento del Régimen Internacional de Control de Drogas tuvo lugar en la perspectiva estadounidense sobre el problema del opio en China y Filipinas. Al igual que en otros casos en los que se prohibieron radicalmente las drogas recreativas, pero culturalmente controvertidas —piénsese en la Rusia del zar Miguel (13) y el Imperio Otomano del sultán Murad IV (14)—, también aquí se trataba, en el contexto de un campo de tensión político-económico específico, de posicionar la validez universal de una moral fundamentalista vinculada sin duda a determinados intereses socioeconómicos.

### III.1. China

Desde la terminación del ferrocarril transcontinental (1869) y, más aún, desde la ocupación de Filipinas y la anexión de Hawái (1898), los Estados Unidos tenían grandes expectativas respecto del comercio con China. Sin embargo, la inundación de este país con opio por parte de la *Compañía Británica de las Indias Orientales* les incomodaba mucho (15), pues lo veían no solo como un escándalo moral, sino también como una amenaza para sus intereses económicos. La perspectiva de que el Imperio Británico absorbiera tarde o temprano a China, la cual se había debilitado —y humillado— debido a las dos sangrientas guerras del opio, al igual como se había absorbido al Imperio Mogol después de la Batalla de Plassey (1757), era una posibilidad que no podía descartarse. Pero como el modelo económico de los Estados Unidos no se basaba en la colonización y en la explotación de las materias primas, sino en el principio del libre comercio mundial —por lo que persuadía a los vacilantes socios para que abrieran sus puertos, si era necesario, a través de buques de guerra, tal como lo había hecho

el almirante Perry con el Japón en 1854—, determinó el empeño de los Estados Unidos para impedir que China siga decayendo, lo que incluía el intento de poner fin a la exportación de opio bengalí a China, que era tan rentable para los británicos pero tan devastador para China (16).

### III.2. Filipinas

Después de que el Comodoro George Dewey hundiera la flota española del pacífico en la Bahía de Manila el 14 de mayo de 1898, y que el general de división Wesley Merritt aceptara la rendición de los españoles el 14 de agosto del mismo año, pronto se planteó la cuestión de cómo tratar a los aproximadamente 15.000 consumidores de opio de ascendencia china y 200 fumadores de opio de los distritos de Binondo y Santa Cruz de Manila —es decir, en el barrio chino de la capital filipina—, a los que los importadores con licencia estatal habían suministrado una cantidad limitada de opio hasta la llegada de los estadounidenses.

El general de división Elwell Stephen Otis, gobernador militar de Filipinas desde el 29 de agosto, veía poco sentido en el régimen estatal del opio. La abolición del sistema de licencias (1899) significó en la práctica que el opio podía importarse ahora en cantidades ilimitadas para cualquier fin. Como resultado, el consumo de opio se extendió desde Manila hasta el valle de Cagayan, Zambales y Mindanao. William H. Taft, que en 1901 se había convertido en el primer gobernador civil que llegó a las islas con un obispo llamado Charles H. Brent, se vio obligado a tomar drásticas medidas, sobre todo porque los marines —para preocupación de sus superiores— no habían desconocido la existencia de fumadores de opio, y hacerlo era una espina clavada en el dorso para los misioneros evangélicos.

Mientras las congregaciones misioneras se oponían vehementemente al vicio, Taft tendía a seguir el consejo de los expertos a principios de 1903, los cuales abogaban por el retorno a la agricultura tradicional. En su opinión, el sistema de licencias introducido por los españoles satisfizo las necesidades de la comunidad china, impidiendo la propagación del opio, además de generar sostenibles ingresos para el erario público. Por ello, la prohibición

no solo frustraría a los chinos eliminando los ingresos por concepto de licencias, sino que también daría lugar a costosos intentos —probablemente inútiles en última instancia— de combatir el contrabando que entonces había sido inevitable.

Sin embargo, solo dos semanas antes de la decisión prevista de revivir el sistema de licencias, la Unión Evangélica de Manila, en una acción urgente bajo el liderazgo del obispo misionero Charles H. Brent, se dirigió al agitador evangélico Wilbur F., conocido como un “fanático de la reforma”. Crafts, ampliamente conocido por sus *cruzadas morales* contra el baile, el alcohol, los entretenimientos dominicales y otros “flagelos” de la humanidad, ahora, a través de la Oficina Internacional de Reforma en Washington, D.C., habría de asegurarse que más de 2000 funcionarios públicos enviaran similares telegramas al secretario de guerra de los Estados Unidos, pidiendo —exigiendo— un alto al planificado licenciamiento en Filipinas.

En 1903 el obispo Brent fue nombrado responsable del Comité Filipino sobre el Opio, creado a raíz de esa intervención. A través de este órgano se debía analizar la cuestión del opio en toda la región, debiendo presentar una propuesta como solución. Como se conoce, el obispo Brent redactó el informe en 1904, en el que llegó a la conclusión de que una prohibición estricta era la mejor opción (“la más humana de todas las que se podían adoptar”). También fue gracias a su informe que el senado de los Estados Unidos votó para “prohibir el opio de inmediato”, como se estableció dentro de la *Ley de Drogas de las Islas Filipinas* de 1905 (17).

### III.3. El mundo

Tras la victoria de los liberales en las elecciones generales de 1906, Brent vio la oportunidad de motivar al presidente Theodore Roosevelt a lanzar una gran ofensiva. Su carta (1907) cayó en terreno fértil, y en 1909 se podía ver al obispo viajando como comisionado principal de la delegación americana en la afamada *Comisión de Shanghai*, donde fue elegido líder de la conferencia en el lujoso Hotel Palace, que había sido inaugurado poco antes, y donde exigió de los participantes —además de brindar declaraciones compasivas en solidaridad con el pueblo chino— dar seguimiento a esta con-

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Publicado en *Kritische Justiz*, vol. 52 [3], 2019, ps. 315-335. El autor agradece a Henner Hess, Heiko Mohrdiek y Jorge Vicente Paladines por sus comentarios críticos.

(\*\*) Criminólogo alemán. Profesor Emérito de la Universidad de Hamburgo. Estudia la teoría de la criminalidad y la política criminal (drogas, terrorismo, derecho penal, cárceles, policía). Docente invitado en varias universidades europeas y latinoamericanas.

(1) Compárese, KLEIN, Axel - STOTHARD, Blaine, “Collapse of the Global Order on Drugs: From UNGASS 2016 to Review 2019”, Ed. Emerald, 2018.

(2) Convención Internacional del Opio del 23 de enero de 1912. Sobre la historia de sus orígenes, véase, entre otras obras, el trabajo de TERRY, Charles E. - PELLENS, Mildred, “The Opium Problem”, Nueva York, 1928, ps. 629-744.

(3) Convención Única sobre Estupefacientes del 30 de marzo de 1961, cuya recepción en Alemania se registró en la *Gaceta de Leyes Federales*, 1973, II, p. 1353. Sobre la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 de 30 de marzo de 1961, modificada por el Protocolo de Enmienda de 25 de marzo de 1972, véase además la *Gaceta de Leyes Federales*, 1977, II, ps. 111-112.

(4) Véase el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, así como la Convención de Viena de 1988.

(5) JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES, “Lista Amarilla. Lista de estupefacientes sometidos a fiscalización internacional”, Viena, agosto de 2018, 57ª ed., [https://www.incb.org/incb/en/narcotic-drugs/Yellowlist\\_Forms/yellow-list.html](https://www.incb.org/incb/en/narcotic-drugs/Yellowlist_Forms/yellow-list.html).

(6) La Organización de las Naciones Unidas (ONU) tiene 193 miembros de pleno derecho. De las 186 Partes de

la *Convención Única*, 184 son también miembros de pleno derecho de la ONU. De este modo, dos Partes —la Santa Sede y Palestina— no son miembros de pleno derecho de la ONU. Los miembros de pleno derecho de las Naciones Unidas que no son partes en la Convención Única son Guinea Ecuatorial, Sudán meridional y Chad, así como Kiribati, Nauru, Timor Oriental, Samoa, Tuvalu y Vanuatu.

(7) DE DARDEL, Julie, “Das internationale Drogenkontrollsystem: Ursprünge und jüngste Entwicklungen”, *Suchtmagazin* 4/2016, ps. 5-8. Asimismo, BEWLEY-TAYLOR, David R., “The contemporary international drug control system: A history of the UNGASS decade”, en COLLINS - KITCHEN (eds.), *Governing the Global Drug Wars*, Ed. LSE Ideas, Londres, 2012; y, del mismo autor, “International Drug Control. Consensus Fractured”, Cambridge, 2012.

(8) Compárese, RENBORG, Bertil A., “International Control of Narcotics”, *Law and Contemporary Problems*, 22, Winter, 1957, ps. 86-112 [88].

(9) El art. 8º de la Convención Única faculta a la *Comisión de Estupefacientes*, entre otras cosas, a registrar y clasificar nuevas sustancias por mayoría simple; poner en conocimiento de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes cualquier asunto que pueda ser de su interés; y, formular recomendaciones para la aplicación de los objetivos y disposiciones de la Convención. El art. 17 del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 le confiere la facultad de incluir nuevas sustancias por una mayoría de dos tercios en las *listas* correspondientes, además de proponer o adoptar medidas para aplicar los objetivos y disposiciones del Convenio. Sobre la cuestión crítica de la clasificación y reclasificación de sustancias, véase HALLAM, Christopher - BEWLEY-TAYLOR, Dave - JELSMAN, Martin, “Scheduling in the international drug control system”, Ed. Transnational Institute, Amsterdam/Swansea, 2014.

(10) JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES, “Mandatos y funciones”, <https://www.incb.org/incb/en/about/mandate-functions.html> (último acceso 18/02/2019). Los arts. 14 de la Convención Única de 1961 y 19 del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 ofrecen a la JIFE la posibilidad de pedir explicaciones; proponer reparos en caso de violaciones manifiestas de los tratados; alertar a otras partes interesadas —en particular a las partes afectadas— a la Comisión de Estupefacientes y al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre la violación y, de ser necesario, proponer y vigilar un embargo internacional. En teoría, los Estados pueden quedar excluidos del tráfico internacional de drogas sometidas a fiscalización. Sobre la facultad de la *Junta*, véase BEWLEY-TAYLOR, David R., “International Drug Control...”, ob. cit., ps. 220-224. A partir de su propia experiencia, RENBORG, ob. cit., p. 98, informó de que en las décadas de 1930 y 1940, la *Junta* utilizó sus facultades hasta el nivel de los embargos reales que las partes en la convención estaban obligadas a aplicar.

(11) La res. 61/252 de la Asamblea General de las Naciones Unidas amplió el mandato de la *Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal* (CCPCJ) para que pudiera actuar, además de otras tareas (como la preparación del Congreso quinquenal de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal), como órgano rector de la ONUDD. La *Secretaría de Órganos Rectores* (SGB en sus siglas en inglés) sirve de interfaz entre los dos órganos rectores de la ONUDD: la Comisión de Estupefacientes (CND) y la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal (CCPCJ). El SGB, que también coordina la comunicación entre las comisiones, sus órganos subsidiarios y la ONUDD, se considera el principal punto de contacto de los representantes de los Estados Miembros dentro de la burocracia de las Naciones Unidas con sede de Viena, donde

se concentran prácticamente todos los órganos y actividades de las Naciones Unidas relacionados con las drogas.

(12) ANDREAS, Peter - NADELMANN, Ethan A., “Policing the Globe: Criminalization and Crime Control in International Relations”, Oxford, 2006.

(13) ROMANIELLO, Matthew P. - STARKS, Tricia (eds.), “Tobacco in Russian History and Culture: From the Seventeenth Century to the Present”, Londres, 2009.

(14) Véanse ZILFI, Madeline C., “The Kadizadelis: Discordant Revivalism in Seventeenth Century Istanbul”, *Journal of Near Eastern Studies*, 45, 1986, ps. 251-269; EVASTATIEV, Simeon, “The Qaizadeli Movement and the Spread of Islamic Revivalism in the Seventeenth— and Eighteenth-Century Ottoman Empire”, *CAS Working Paper Series*, 5, 2013, ps. 1-37.

(15) Después de una producción de 200 cajas al año (1729), la *Compañía de las Indias Orientales*, a través de sus intermediarios, había enviado 1000 cajas desde la India hacia China en 1767. Cuando se alcanzó la cifra de 40.000 cajas en 1838, el tradicional déficit de la balanza comercial con China se convirtió por primera vez en un superávit. Las exportaciones británicas de la India a China alcanzaron su punto máximo en 1879 con 87.000 cajas (a 63,5 kilogramos por caja, es decir, más de cinco mil quinientas toneladas de opio). Véase WISSLER, Albert, “Die Opiumfrage. Eine Studie zur weltwirtschaftlichen und weltpolitischen Lage der Gegenwart”, Leipzig, 1931, p. 13.

(16) MUSTO, David F., “The American Disease: Origins of Narcotic Control”, New Haven 1973.

(17) PHILIP, Ferdinand - VICTORIA, F., “The Most Humane of Any That Could Be Adopted”. The Philippine Opium Committee Report and the Imagining of the Opium Consumer’s World in The Colonial Philippines, 1903-1905, Towards A Filipino History”, *Festschrift for Zeus Salazar*, Manila, 2015, ps. 88-156.

ferencia, para luego decidir un acuerdo legalmente vinculante. Después de una profunda discusión y el retraso de la delegación de los Países Bajos (18), el obispo volvió a asumir la dirección de las negociaciones y consiguió de nuevo persuadir sobre sus pretensiones: esta vez, la *Convención de La Haya de 1912*.

#### IV. Estructura internacional (1912-1932)

En el referido panorama, las obligaciones del acuerdo eran bastante modestas. No obstante (19), las reservas y la resistencia de muchos Estados fueron tan considerables que ni siquiera varias conferencias de ratificación lograron producir un resultado y el establecimiento de un régimen mundial contra las drogas, el cual solo avanzó después de que los Tratados Suburbanos de París (1919), pudiendo comprometer a no menos de 24 Estados a la adhesión (20).

El actor más impaciente y decidido seguía siendo el obispo Brent. Junto con los compañeros que se habían sumado a su causa, decidió entre 1923 y 1924 darle por fin al régimen dientes y garras mediante el *Segundo Convenio de Ginebra sobre el Opio* (1925) (21), en forma de un sistema de control estadístico uniforme para todos los Estados contratantes y una *Junta Central Permanente del Opio* (22) integrada por ocho expertos (PCOB), que no se limitaba únicamente a vigilar el opio y los opiáceos —cual prohibición de la cocaína (23)— en todo el mundo, sino también la nueva prohibición de la *cannabis* introducida a petición de Egipto (24). El acuerdo final fue entonces establecido, por así decirlo, mediante el *Acuerdo de Limitación* de 1931, que tenía por objeto frenar la producción mundial de todas las drogas sometidas a fiscalización y ajustarla a la demanda mundial legítima (25).

El obispo Brent había fallecido en 1929, pero con la realización de la prohibición más completa de la historia, su espíritu siguió viviendo. Esto se debió, entre otras cosas, a su determinación de vincular el proyecto moral de la prohibición como un instrumento de control, que la Sociedad de las Naciones había descrito de la siguiente manera:

“Desde el punto de vista económico, el acuerdo internacional limita de manera directa, cuantitativa y cualitativa la producción y, por tanto, también el comercio de ciertos productos industriales estrictamente al volumen de una demanda justificada. Así pues, aplica, sobre una base intergubernamental, para una industria determinada, los principios esencia-

les del sistema que suele denominarse ‘economía planificada’” (26).

#### V. Implementación (1933-1960)

Cuando el Acuerdo de Limitación entró en vigor el 01/07/1933, la Sociedad de Naciones esperaba que este acuerdo, “audaz en su idea básica y sin precedentes en la historia de las relaciones intergubernamentales y el derecho internacional, que tiene por objeto la regulación completa de toda una industria y un comercio que se extienden por todo el mundo, demostrara en la práctica ser un instrumento viable, útil y eficaz” (27). Los organismos nacionales o locales sobre el opio, como era su deber, comunicaban las estimaciones de las necesidades a la oficina central de Ginebra, desde donde se organizaba la producción, vigilaba el transporte a los países receptores y, por conducto de las autoridades nacionales y sus cuentas, se obtenía también información sobre el paradero de las drogas hasta el consumo final. Todo parecía funcionar tan bien que el Secretario General de la Sociedad de Naciones escribió incluso un memorando recomendando que el método se transfiriera al control mundial de la industria armamentística (28).

Aunque existía ahora un nuevo problema —el “comercio clandestino” alimentado por “fábricas secretas” (29)—, el *Convenio para la represión del comercio de estupefacientes peligrosos* (1936), que formuló por primera vez los tipos penales internacionales sobre el tráfico ilícito de drogas, reaccionó también de manera rápida y coherente ante este problema. La producción de nuevas drogas por parte de la industria farmacéutica y el cambio de los consumidores a sustitutos fueron contrarrestados por el *Protocolo de París* de 1948, que racionalizó el prolongado proceso de someter las nuevas drogas a fiscalización internacional y su aplicación nacional mediante el principio de *similitud* con el límite de la cadena de producción (30). Los vacíos del Acuerdo de Limitación se cerraron con el *Protocolo del Opio* de 1953 (31), por lo que todo parecía estar bien encaminado.

#### VI. Expansión (1961-1987)

La *Convención Única* no resultó ser el cierre en la solución del problema mundial de las drogas, sino más bien el punto de partida de un desarrollo que se estaba saliendo de control, lo que llevó a la convicción que los Estados Unidos, como principal interesado en la fiscalización internacional de drogas —y con una burocracia paralela frente a las Naciones Unidas en

materia de drogas—, habría de realizar un esfuerzo nuevo y más decidido. El hecho de que las “drogas” se convirtieran en un símbolo de conflicto sociocultural en los países occidentales durante los decenios de 1960 y 1970, exacerbó aún más el problema: cuanto más popular se hizo la búsqueda de los alterados estados de conciencia inducidos por las drogas, más rígida se hizo la reacción; por ende, más drogas se prohibieron internacionalmente.

Los topes del abuso de drogas como el *enemigo público número uno*, se extendieron desde Washington D.C. a los niveles superiores de las organizaciones supranacionales. Los espacios culturales, los *Coffee Shops*, la advertencia sobre el intercambio de jeringas, el suministro de heroína, la marihuana medicinal y el uso de drogas recreativas fueron los argumentos más fuertes de los reformadores, a pesar de la Comisión y la Junta. Pronto los reformistas comenzaron a alejarse del paradigma de la abstinencia y a acercarse al ideal de la *reducción de daños* para evitar más problemas, mientras afirmaban en voz alta su adhesión al contrato (32).

#### VII. La escalada (1988-2011)

El surgimiento de los cárteles colombianos de la cocaína y el renacimiento del fundamentalismo islámico pueden haber tenido una interacción no deseada. En todo caso, en los Estados Unidos —pero también en Asia central y oriental— existía la firme voluntad, hacia finales de la década de 1980, de continuar la escalada de la fiscalización de drogas hasta el punto de una verdadera *guerra contra las drogas*. Los Estados Unidos aumentaron sus esfuerzos y su retórica tanto a nivel nacional como internacional, fusionando la política de drogas con la ayuda militar y la contrainsurgencia. El presidente George Bush padre declaró en televisión que “[l]as reglas han cambiado. La aplicación de la ley será lo primero. Luego las esposas. Luego la cárcel. Para los capos de la droga, la pena de muerte” (33).

La Convención de Viena de 1988 estableció la obligación de los Estados de penalizar también la posesión y el tráfico ilícito de precursores para la producción de drogas, así como la utilización del dinero de las drogas (como blanqueo de dinero), llevando a la confiscación de los beneficios (presuntos) obtenidos ilícitamente (34). A finales de la década de 1990, un conocido experto de la mafia italiana fue nombrado jefe de la lucha contra las drogas y Secretario General Adjunto de las Naciones Unidas. En una sesión especial de la Asamblea

General de la ONU (UNGASS) sobre el tema de las drogas en 1998, Pino Arlacchi hizo un llamado a una especie de cruzada mundial bajo el lema “Un mundo libre de drogas, podemos hacerlo”. Dentro de diez años el mercado de drogas ilegales iba a desaparecer, desde el cultivo hasta la venta callejera. Los campos debían ser fumigados, las plantas quemadas, los laboratorios destruidos y los actores neutralizados. Cuanto mayor fuera la presión ejercida sobre la cadena de producción, más caras y escasas serían las drogas, pues con el tiempo todos los suministros se agotarían.

Pero ese era solo el plan. En realidad, todo fue en la dirección opuesta. Los cárteles colombianos habían sido destruidos (utilizando métodos similares a los utilizados por los propios gánsteres), el número de prisioneros en todo el mundo alcanzó cifras alarmantes, la cruel guerra contra las drogas en México obtuvo más de cien mil muertes —quizá como el precio de un éxito que aún no llega (35)—. Al final de los diez años, no había menos sino más drogas, y *más consumidores que nunca* (36). La era Arlacchi llegó a su fin. Y poco después de que las Naciones Unidas hubieran (lo mejor que pudieron hacer) borrado sus rastros en la red, iba a quedar claro hasta qué punto habría tenido un impacto en la comunidad mundial en lo posterior.

#### VIII. Erosión (2012 hasta la fecha)

Desde que Wernand Bruinin abrió el primer *Coffee Shop* en Ámsterdam en 1972, lo cual fue además tolerado por las autoridades de la década, hubo intentos de eludir o socavar pragmáticamente la estricta prohibición del régimen mundial de control de drogas. Las iniciativas para la *reducción de los daños* iban desde las salas de consumo hasta la Ley de Despenalización portuguesa de 2001 (37). Sin embargo, todas estas medidas evitaron la ruptura del régimen en el sentido de un compromiso abierto en favor de la legalización.

Solo cuando un miembro del gobierno anunció oficialmente que quería legalizar una droga prohibida, se rompió el tabú y la autoridad del régimen fue desafiada ante la opinión pública mundial. Ese fue el comienzo del proceso de erosión que ahora está a la vista de todos y que continúa hoy en día y ha puesto en cuestión del futuro del régimen internacional de control de drogas. Sin embargo, esta erosión tiene dos caras: una liberal, que se manifiesta en el creciente rechazo a la obligación de prohibir el *cannabis*; y, otra autoritaria, que se manifiesta de manera completamente diferente.

#### { NOTAS }

(18) SCHEERER, Sebastián, “Ekinige Anmerkungen zur Geschichte des Drogenproblems”, *Soziale Probleme*, 4, 1993, ps. 78-98.

(19) Por ejemplo, obligó a las Partes Contratantes a adoptar reglamentos que exigieran que “todo paquete que contenga opio en bruto destinado a la exportación se marque de manera que se indique en su contenido si la remesa supera los 5 kg” (art. 4º).

(20) Véase *United Nations Treaty Collection*, Chapter VI, *Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, 2. *International Opium Convention*, La Haya, 23/01/1912, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIV.aspx?src=TREATY&mtidsg\\_no=VI2&chapter=6&Temp=mtidsg4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIV.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=VI2&chapter=6&Temp=mtidsg4&clang=en). También Alemania se vio afectada, debido al ultimátum del párr. 1º del art. 295. 1 del Tratado de Versalles, que dice: “Las Altas Partes Contratantes que aún no hayan firmado la Convención de La Haya sobre el Opio de 23 de enero de 1912, o que no la hayan ratificado después de la firma, convienen en poner en vigor la Convención y en adoptar las leyes necesarias a tal fin lo antes posible y a más tardar doce meses después de la entrada en vigor del presente Tratado”. Véase también SCHEERER, Sebastián, “Die Genese der Betäubungsmittelgesetzze in der Bundesrepublik Deutschland und in den Niederlanden”, Göttingen, 1982, ps. 38 y ss., así como 62 y ss.

(21) Convención Internacional del Opio, aprobada por la Segunda Conferencia sobre el Opio y firmada en Ginebra el 19 de febrero de 1925. Serie de Tratados de la Sociedad de las Naciones 1928-29, nro. 1845, 319, <http://www.worldlii.org/int/other/LNTSer/1928/231.html>.

(22) Sobre la traducción alemana del nombre de PCOB en: “Informationsabteilung des Völkerbundes”, *Völkerbund und Rauschgiftbekämpfung*, Genf, 1934, p. 10.

(23) Sobre la prohibición de la cocaína, véase SCHEERER, Sebastián, “Kokain als Türöffner. Zur Entstehung des globalen Drogenproblems aus der asiatischen Opiumfrage”, en FEUSTEL - SCHMIDT-SEMISCH - BRÖCKLING (Hg.), *Handbuch Drogen in sozial- und kulturwissenschaftlicher Perspektive*, Wiesbaden, 2019, ps. 383-400.

(24) TRANSNATIONAL INSTITUTE (BEWLEY-TAYLOR, David R. y otros), “The Rise and Decline of Cannabis Prohibition. The History of Cannabis in the UN Drug Control System and Options for Reform. The INCB and Cannabis: from Description to Condemnation”, Amsterdam/Swansea, 2014.

(25) Véase el Acuerdo del 13/07/1931 sobre la restricción de la producción y la reglamentación de la distribución de estupefacientes (en el registro de Alemania bajo RGLB. 1933 II p. 319).

(26) “Völkerbund und Rauschgiftbekämpfung”, ob. cit., p. 14.

(27) *Idem*.

(28) Véanse las analogías del problema del tráfico de estupefacientes y el problema de la industria y el comercio de armas (Doc. Conf. D. 159); citadas anteriormente, “Völkerbund und Rauschgiftbekämpfung”, ob. cit., p. 15.

(29) *Ibidem*, p. 16.

(30) Protocolo que somete a fiscalización internacional las drogas fuera del ámbito de aplicación del Convenio de 13/07/1931 para limitar la fabricación y regular la distribución

de estupefacientes, enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 11 de diciembre de 1946 (= Protocolo de París, en Alemania en BGLB. II 1959, ps. 333 y ss.)

(31) Véase la Ley sobre los Protocolos de 11 de diciembre de 1946 por los que se modifican las convenciones sobre estupefacientes, tanto la del 19 de noviembre de 1948 sobre la fiscalización internacional de estupefacientes, así como la del 23 de junio de 1953 sobre las plantas de adormidera y opio, Gaceta de Leyes Federales de Alemania de 1959 II, p. 333.

(32) Vgl. BEWLEY-TAYLOR, David R., “International Drug Control...”, ob. cit., Ch. 4, *Cannabis, soft deflection, and regime weakening*, ps. 152-218.

(33) WALKER, Martin - TISDALL, Simon, “US unveils anti-drug strategy”, *The Guardian*, 06/09/1989.

(34) Véase la nota de pie de p. 4.

(35) Hasta el gobierno del presidente Felipe Calderón han fallecido al menos 100.000 personas. Véase “More than 200,000 people have been killed since the government deployed the military to fight drug traffickers in 2006, including politicians, reporters, and law enforcement officials”, *DW news*, 22/01/2019, <https://www.dw.com/en/mexico-sets-new-murder-record-with-more-than-33000-killed-in-2018/a-47173599>. Asimismo, véase: “Mexico’s drug war is at a stalemate as Calderón’s presidency ends”, *The Washington Post*, 27/11/2012. Como artículo, se encuentra además el escrito por LAKHANI, Nina - TIRADO, Erubiel, “Mexico’s war on drugs: what has it achieved and how is the US involved?”, *The Guardian*, 08/12/2016.

(36) “En los Estados Unidos, los precios medios de la heroína, la cocaína y el cannabis, ajustados en función de la inflación y el contenido de sustancias activas, disminuyeron en un 81%, 80% y 86%, respectivamente, entre 1990 y 2007, mientras que la pureza media aumentó en un 60%, 11% y 161%. Se observaron tendencias similares en Europa, donde el precio medio ajustado en función de la inflación de los opiáceos y la cocaína disminuyó en un 74% y un 51%, respectivamente, durante el mismo período. En Australia, el precio medio ajustado a la inflación de la cocaína disminuyó un 14%, mientras que el precio ajustado a la inflación de la heroína y el cannabis disminuyó un 49% cada uno entre 2000 y 2010. Durante este período, las incautaciones de estas drogas aumentaron en general en las principales regiones de fabricación y en importantes mercados internos”. WERB, Dan y otros, “The temporal relationship between drug supply indicators: an audit of international government surveillance systems”, *British Medical Journal* (BMJ Open BMJ Open, de 30/09/2013), <https://drugscouts.de/sites/default/files/pdf/BMJ%20Open-2013-Werb-.pdf>.

(37) Sobre Portugal, véase GREENWALD, Glenn, “Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for Creating fair and Successful Drug Policies”, *Cato Institute White Paper*, 2009, <https://www.cato.org/publications/white-paper/drug-decriminalization-portugal-lessons-creating-fair-successful-drug-policies>; Asimismo, véase LAQUEUR, Hannah, “Uses and Abuses of Drug Decriminalization in Portugal”, *Law & Social Inquiry*, 40 [3] 2014, ps. 1-36.





una posición liberal como Uruguay(57) y Canadá. Sin embargo, no fue capaz de revertir el desarrollo que finalmente está dejando la prohibición. En el caso de Tailandia, la Junta se limitó a pedir información sobre los desbordamientos autoritarios (los halcones de la guerra contra las drogas)(58), al cabo que durante años no ha podido pensar mucho más sobre Filipinas(59). Para un organismo de control, como le gusta llamarse a sí mismo a la intransigente JIFE, esto no es necesariamente una recomendación. Así, para una perspectiva futura del régimen mundial este no es un buen presagio, dado que sus órganos no son capaces de mantener la vigencia —con éxito y de forma convincente— del Derecho Internacional en los Estados Parte sin tampoco esgrimir un plazo razonable para que los que se desvían vuelvan al rebaño.

#### VIII.3.b. El apoyo político interno

Una de las razones de la erosión radica en el apoyo político interno de los disidentes. En cuanto a las palomas de la paz de la guerra contra las drogas, las reformas tanto en Uruguay como en el Canadá funcionan a satisfacción general. En Uruguay, por ejemplo, a finales del año 2018, 30.000 personas se habían inscrito en el denominado *Instituto de Regulación y Control del Cannabis* (IRCCA) para la compra en farmacias(60), mientras 7000 personas para para cultivar en casa hasta seis plantas. Entre tanto, no menos de 109 clubes de *cannabis* fueron registrados, cada uno con un máximo de 99 plantas para sus miembros (15 a 45), y hasta ahora no se ha materializado ninguno de los horribles escenarios pintados en el muro por los opositores a la reforma(61). En Canadá, la industria del cannabis es un motor de crecimiento tan fuerte y reconocido que ninguna fuerza política piensa en revertir la reforma(62).

#### { NOTAS }

gas exclusivamente para fines médicos y científicos”, sino también de sus acciones ilegales “debilitando el marco internacional de fiscalización de drogas legales y socavando el orden internacional basado en normas”.

(57) Uruguay estaría incumpliendo las convenciones internacionales sobre fiscalización de drogas a través de su legislación sobre el cannabis, aprobada por su Congreso (UNIS/NAR/1190 del 11 de diciembre de 2013). A ello se suma la declaración de la JIFE sobre la entrada en vigor del proyecto de ley C-45 por el que se legaliza el cannabis con fines no médicos en Canadá (UNIS/NAR/1362 17 de octubre de 2018).

(58) En el Informe de la JIFE del 2003, Viena 2004, p. 58, se menciona lo siguiente: “Tailandia llevó a cabo una intensa campaña de febrero a abril de 2003 para hacer frente al problema del comercio ilícito de drogas. La Junta observa que, si bien el gobierno afirma que la campaña tuvo éxito en la reducción del problema de las drogas, sus efectos secundarios no deseados han sido ampliamente criticados. La Junta ha pedido al gobierno que se le informe de los resultados de la campaña, que se espera que sea sostenible”.

(59) En el Informe de la JIFE del 2016, Viena, 2017, p. 73, se menciona lo siguiente: “Se señalaron a la atención de la Junta las denuncias de actos de violencia y asesinatos cometidos en Filipinas contra personas sospechosas de participar en el comercio ilícito de drogas o de abusar de ellas, que pueden haber sido alentados o tolerados por miembros del gobierno desde julio de 2016. La Junta emitió una declaración en la que exhortaba al gobierno de Filipinas a que condenara y denunciara inmediata e inequívocamente las ejecuciones extrajudiciales cometidas contra personas sospechosas de participar en el comercio ilícito de drogas o de consumir drogas, a que pusiera fin de inmediato a esos actos y a que velara por que los autores de esos actos fueran llevados ante la justicia respetando plenamente las debidas garantías procesales y el estado de derecho. La Junta desea señalar una vez más a la atención de todos los gobiernos que las medidas extrajudiciales, supuestamente adoptadas para alcanzar los objetivos de la fiscalización de drogas, son fundamentalmente contrarias a las disposiciones y objetivos de los tres instrumentos de fiscalización internacional de drogas, en virtud de los cuales todas las medidas deben adoptarse con las debidas garantías procesales”.

(60) En las farmacias, los adultos locales registrados pueden comprar hasta 10 gramos de *cannabis* por semana. El contenido de las bolsas de cinco gramos de color blan-

co-azul de las marcas Alfa I y Beta I, que están disponibles desde julio de 2017 —y que generalmente se consideran buenas a pesar de no ser particularmente fuertes—, son bastante baratas, a un euro por gramo aproximadamente. En cualquier caso, un habitante en Nueva York pagaría alrededor de diez veces más. Dado que solo 17 de las más de 1000 farmacias del país participan en la venta de cannabis —debido a la legislación sobre blanqueo de dinero de los EE.UU.—, se están estudiando actualmente canales de distribución alternativos. Véase HUDAK, John y otros, “Uruguay’s cannabis law: Pioneering a new paradigm”, *WOLA*, Ed. Center for Effective Public Management, 2018, [https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/03/gs\\_032118\\_uruguaye28099s-cannabis-law\\_final.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/03/gs_032118_uruguaye28099s-cannabis-law_final.pdf).

#### VIII.3.c. El apoyo internacional

Principalmente, tanto las palomas como los halcones reciben un fuerte viento de cola de la comunidad internacional. Después del Uruguay y Colorado (Estados Unidos), la ocasional ruptura de tabúes se ha convertido en una ola internacional de legalización casi imparable. Desde que Canadá legalizó el *cannabis* en el año 2018(64) y Luxemburgo(65), México(66) y Nueva Zelanda(67) se encuentran en el punto de partida, nada parece poder detener la aceptación del *uso recreativo del cannabis*. Pero también las desviaciones autoritarias gozan de apoyo internacional. Los gobiernos de Bangladesh, Brunéi, China, Japón, Rusia, Singapur y Taiwán coinciden mutuamente en elogios a la política de drogas de Duterte(68). El presidente de Sri Lanka elogió la guerra contra las drogas de Filipinas como un ejemplo para el mundo antes de finales del año 2019(69), mientras el presidente de los Estados Unidos (POTUS en redes sociales) reafirmó el 29 de abril de 2017 el respeto al presidente filipino Rodrigo Duterte (PRRD). En un ir y venir de mensajes se dijo(70):

“Presidente Trump, muchas gracias por llamar. Buenas noches, es de noche aquí.

rights-nightmare/. Véase también WEEDON, Alan, “Why Rodrigo Duterte remains as popular as ever ahead of the Philippines’ key mid-term elections”, *ABC News*, Australia, 11/05/2019, en: <https://www.abc.net.au/news/2019-05-10/duterte-rodrigo-philippines-president-popular-despite-criticism/11058752>.

(64) “Ley C-45 del 21 de junio de 2018: *An Act respecting cannabis and to amend the Controlled Drugs and Substances Act, the Criminal Code and other Acts*”, <http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-45/royal-assent>. Desde el 18 de octubre el consumo de cannabis se incrementó en 2,3 millones de unidades más de las 36 millones de unidades que se consumen. De este modo, puede incrementarse aún más respecto al tabaco si tuviese un régimen más amplio. Véase WATSON, Tara M. - ERICKSON, Patricia G., “Cannabis legalization in Canada: how might ‘strict’ regulation impact youth?”, *Drugs: Education, Prevention and Policy* 26:1, ps. 1-5. Para una comparación con el ordenamiento jurídico internacional, véase BEAUCHESNE, Line, “International Drug Conventions: Canada’s options with respect to Bill C-45”, informe presentado al Comité Permanente del Senado sobre Asuntos Exteriores y Comercio Internacional, Ottawa, 28/03/2018, [https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/AEFA/Briefs/2018-03-28\\_Brief\\_LineBeauchesne\\_e.pdf](https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/AEFA/Briefs/2018-03-28_Brief_LineBeauchesne_e.pdf).

(65) Los miembros de los clubes de cannabis pueden comprar hasta un máximo de 480 gramos de su club por año. En todo esto véase recientemente también SPERLING, Sebastian - SOUVEREIN, Jan, “Auf der anderen Seite ist das Gras viel grüner. Erfahrungen aus fünf Jahren legalem Cannabis in Uruguay”, Ed. Friedrich-Ebert-Stiftung, enero de 2019, <http://library.fes.de/pdf-files/iez/15119.pdf>.

(66) Los ingresos mundiales por concepto de cannabis legal aumentaron a más de 12.000 millones de dólares entre de 2017 y 2018, y se estima que superarán los 16.000 millones de dólares en 2019. Solo en el segundo semestre de 2018, el gigante de las bebidas *Constellation Brands* invirtió 4000 millones de dólares en el licenciario canadiense de cannabis *Canopy Growth*, mientras el líder del mercado del tabaco *Altria* adquirió una participación con el competidor de *Canopy Growth*. Cronos, por casi 2000 millones de dólares. Esto significó que los cinco mayores productores canadienses con licencia lograron por sí solos una capitalización de mercado de casi 20.000 millones de dólares ese año. Se trata de una evolución en la que, por cierto, también merece crédito un exministro de relaciones exteriores alemán, a propósito de una publicación en el diario *Frankfurter Allgemeiner* del 05/01/2019, p. 26 (“Fischer berät Cannabisunternehmen”). Junto a los ex ministros de relaciones exteriores de Australia, Nueva Zelanda y Portugal, Joseph Fischer también es miembro del nuevo consejo asesor de *Tilray*, el favorito de la bolsa y especialista en marihuana.

(67) GÓMEZ, James - AMNISTÍA INTERNACIONAL, “One Year On, Duterte Remains A Human Rights Nightmare”, 03/07/2017, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/07/one-year-on-duterte-remains-a-human>

Vale, espero que no sea demasiado tarde. Está bien, ¿verdad? ¿Es demasiado tarde?

No, está bien, vamos a cenar con algunos miembros de la ASEAN.

Bien, bien, porque sé que no duermes mucho, eres como yo. No eres una persona que se acuesta en absoluto. Lo sé, ¿verdad?

Sí. Tiene razón, Sr. presidente.

Solo quería felicitarte porque me enteré del increíble trabajo sobre el problema de las drogas. Muchos países tienen el problema, nosotros tenemos un problema, pero qué gran trabajo estás haciendo y solo quería llamarte y decírtelo.

Muchas gracias, Sr. presidente. Este es el azote de mi nación y debo hacer algo para preservar la nación filipina.

Lo entiendo, y lo entiendo completamente. Teníamos un expresidente que no entendía esto, pero yo sí lo entiendo. Y ya hemos hablado de esto antes.

Sí, ya lo sé. Gracias. Sí”.

Entre la *Escila* de la legalización y el *Caribdis* de la guerra total contra las drogas, un buen consejo es caro para los guardianes de los tratados. Hay poca o ninguna atención, incluso sobre la existencia y voluntad de repensar la clasificación del *cannabis* y de denunciar públicamente los excesos de la represión(71). Sin embargo, todavía estamos lejos de la legalización o de cualquier otro curso de acción claro(72), mientras la erosión del régimen se profundiza cada año que la CND y la JIFE no toman una acción decisiva.

## IX. El panorama

El régimen internacional de control de drogas es el mejor ejemplo sobre el significado de los éxitos immanentes de la *economía planificada*, si se asumen a menudo a través de altos costos o externalidades. Cuanto mayor sea la brecha entre las cifras previstas y la demanda real, mayor será el incentivo para que surja un mercado no autorizado con mayores riesgos, con los correspondientes márgenes de precios y una sustitución de la ley de la oferta y la demanda (a la que no se tiene acceso) por los recursos del dinero (= corrupción) y la violencia (= delito de bandas criminales)(73).

Esto también explica por qué la economía del mercado negro nunca ha sido afectada de manera sostenible por los innumerables éxitos individuales de la lucha contra las drogas. La fiscalización y los mercados de drogas pueden florecer y prosperar simultáneamente y, en paralelo, establecer una asociación antagónica funcional, de modo que los luchadores incrementan constantemente sus presupuestos, su personal, sus incautaciones y sus éxitos en materia de detención, pero los mercados de drogas, a su vez, aumentan su volumen de negocios, su alcance, su oferta y sus beneficios.

En principio, aquel dilema se conocía desde la prohibición del alcohol en EE.UU., en los años veinte. En ese entonces también se trataba sobre cuestiones como la formación de bandas, la extorsión mediante dinero y los delitos violentos como efectos secundarios de una economía ilegal, así como la corrupción y erosión del Estado de Derecho, además de los daños a la salud como resultado de una producción clandestina y mucho más letal(74). Sin embargo, la diferencia con la actualidad es enorme. En aquel entonces, se trataba de una droga, un

(70) *The Washington Post*, transcripción en: <https://apps.washingtonpost.com/g/documents/politics/transcript-of-call-between-president-trump-and-philippine-president-duterte/2446/>.

(71) En 2019, el Comité de Expertos de la OMS en Farmacodependencia, en una carta dirigida al Secretario General, recomendó que se reevaluara y se rebajara la categoría del cannabis en el marco reglamentario internacional (de la categoría IV a la I), mientras la JIFE subrayó la legitimidad jurídica de la despenalización de la mera posesión de drogas. Véase “Hanfjournal”, ob. cit. y BARAJAS, Julia, “UN’s International Narcotics Control Board Calls for Decriminalization of Simple Possession, Abolition of Capital Punishment”, *Cannabiswire*, 04/06/2019, en: <https://cannabiswire.com/2019/06/04/uns-international-narcotics-control-board-calls-for-decriminalization-of-simple-possession-abolition-of-capital-punishment/>.

(72) Para más información sobre los requisitos previos a la inclusión en la lista, véase ARMENTA, Amira - JELSMAN, Martin, “The UN Drug Control Conventions”, Amsterdam, 2015. Adicionalmente, de los 53 Estados miembros de la CND integran, además, los reformistas (Canadá, Uruguay), un grupo heterogéneo de países como Australia, Israel, México y los Estados Unidos, así como los países 13 europeos generalmente moderados (Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, España, Francia, Hungría, Italia, Noruega, Países Bajos, República Checa y Suiza). También forman parte los Estados que mantienen real y normativamente la pena de muerte para delitos relacionados con las drogas como China, Guatemala, Camerún, República Democrática del Congo, India, Irak, Irán, Qatar, Pakistán, Sudán y Corea del Sur. También forman parte como miembros Afganistán, Argelia, Burkina Faso, Mauritania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador y Perú, los cuales votan en su mayoría en contra de una liberación; véase [https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Membership/CND\\_membership\\_January\\_2018.pdf](https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Membership/CND_membership_January_2018.pdf).

(73) FREY, Bruno S. - SCHNEIDER, Friedrich, “Informal and Underground Economics”, en WRIGHT, J. D. (ed.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, vol. 12, Oxford, 2015, 2ª ed., ps. 50-55.

(74) THORNTON, Mark, “Alcohol Prohibition Was a Failure”, Boston, 1991. Véase además los informes de GLOBAL COMMISSION ON DRUG POLICY, “War on Drugs”, Ginebra, 2011; “The War on Drugs and HIV/AIDS”, Ginebra, 2012; “The Negative Impact of the War on Drugs on Public Health: The Hidden Hepatitis C Epi-

territorio y una docena de años, mientras que hoy en día se trata de todo el mundo, miles de drogas y muchas docenas de años, durante los cuales la prohibición ha perdurado mientras sus efectos adquieren proporciones muy diferentes (75).

Durante mucho tiempo la situación de los daños colaterales del régimen internacional de control de drogas fue tabú para sus órganos. Al respecto, la ONUDD ha dado un paso adelante. Así por ejemplo, ahora está dispuesta a admitir las *consecuencias negativas no deseadas* de la fiscalización de drogas: desde el menoscabo de los derechos humanos, el desarrollo y la seguridad internacional, la propagación de enfermedades, la corrupción, los delitos violentos y los conflictos armados, el aumento de la estigmatización y la discriminación, el fomento de la creación de bienes producto del delito y la formación de grandes grupos delincuenciales, hasta el daño causado al medio ambiente por la deforestación y la contaminación (76).

Sin embargo, esto también deja en claro que incluso una legalización del *cannabis* —una li-

beración para millones de *delinquentes del cannabis* (Patricia Erickson)— solo podría mitigar el problema mundial de los daños colaterales. La obsesión por la reforma del *cannabis* en algunas partes del mundo es comprensible por varias razones, pero sería ilusorio esperar una solución al problema central. Por consiguiente, las consideraciones de reforma deben distinguirse en primer lugar entre el estado de la investigación en ese momento, y el estado actual de la investigación —piénsese en el cambio de conocimientos y actitudes respecto de las drogas y la adicción o también en el cambio de ideas sobre la separación entre la ley y la moral, o sobre los métodos permisibles y eficaces de control constitucional en cuanto a las políticas de salud pública— (77).

Los Estados que se rigen por el Estado de Derecho harían bien en considerar todas las opciones en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad al tomar en cuenta la modernización de la gestión de las sustancias médicas y recreativas, teniendo en cuenta el derecho de las personas a organizar libremente su intimidad (alimentación, vestido, ocio,

consumo general y preferencias de actividades) (78). El resultado tendría entonces que ser defendido con la dignidad humana que exige el Derecho Constitucional frente a cualquier otra exigencia de mayor alcance en virtud del Derecho Internacional (79).

Además, la liberación de las aporías sobre la fiscalización de drogas solo tendrá éxito si los supuestos básicos mencionados al principio no se presuponen de manera axiomática, sino que son objeto de una revisión crítica. En mi opinión, las siguientes tesis serían más plausibles hoy en día y, por lo tanto, incluso dudan de la necesidad de (80) un régimen mundial de drogas en general:

— No hay sustancias psicoactivas tan “diferentes” de otras, cuyas propiedades inherentes puedan justificar o incluso exigir la prohibición de su cultivo, producción, transporte y uso (no hay distinción ontológica entre “narcóticos” y “estimulantes”).

— En un Estado constitucional, libre y social, no solo es legítimo el uso de sustancias

psicoactivas con fines médicos y científicos, sino también su *uso recreativo* (derecho al uso de drogas con fines recreativos).

— La consideración del derecho a los alimentos de lujo no es compatible con la prohibición (regulación en lugar de prohibición).

— La diversidad de las culturas de las drogas tiene derecho a ser reconocida (diversidad mundial en lugar de uniformidad mundial).

De todo ello se desprende que la cuestión planteada hasta hoy no gira en torno a saber de qué modo el régimen internacional de control de drogas puede hacer frente a su pérdida de autoridad, sino quizás a saber si al menos debe hacerlo. No hay duda de que hay algo mejor que un conjunto de reglas que dicen más sobre las ideologías de ayer y de antes de ayer que sobre las sociedades de hoy y las necesidades de mañana.

Cita on line: AR/DOC/2316/2020

## { NOTAS }

demio”, Ginebra, 2013. Para un estudio sobre el impacto ejemplar de la guerra contra las drogas en el derecho penal y derecho procesal penal, véase VALOIS COELHO, Carlos, “O Direito Penal da Guerra às Drogas”, São Paulo, 2018, 3ª ed.

(75) Un estudio sobre la situación legal de los consumidores muestra lo comparativamente inofensiva que es la prohibición del alcohol en los Estados Unidos respecto a la actual prohibición de las drogas. La prohibición de los Estados Unidos (1920-1933) no se atrevió a criminalizar la esfera del consumo: la posesión y el consumo estaban permitidos. Incluso, se permitía producir una cierta cantidad de zumo de uva fermentado, por ejemplo, en virtud del art. 29 de la *Ley de Prohibición Nacional*. A los que tenían suficientes reservas de vino y whisky se les permitía hacer fiestas alcohólicas a su antojo (en la escena de la fiesta ver a FITZGERALD, Scott F., “Der Große Gatsby”, Stuttgart, 2012 —original de 1925—). Incluso, después de la célebre legislación sobre la despenalización en Portugal (2001), los consumidores de ese país siguen estando en una posición

desfavorable —como autores de infracciones administrativas— frente a los consumidores de alcohol en los Estados Unidos durante la década de 1920.

(76) Véase TRANSFORM, “Count the Costs of the War on Drugs”, Amsterdam/Swansea, 2019, <https://transformdrugs.org/count-the-costs/>. Sin embargo, todavía falta una presentación general sobre los daños colaterales.

(77) Véase, entre otros, BRANFIELD, Robert - REINARMAN, Craig (eds.), “Expanding Addiction. Critical Essays”, Nueva York - Londres, 2014; HART, Carl, “High Price. A Neuroscientist’s Journey of Self-Discovery That Challenges Everything You Know About Drugs and Society”, Nueva York, 2014; ZINBERG, Norman, “Drug, Set, and Setting: The Basis for Controlled Intoxicant Use”, New Haven, 1984; PELE, Stanton, “The Meaning of Addiction An Unconventional View”, San Francisco, 1998.

(78) Véase aquí ANDERSON, Peter *et al.*, “New Governance of Addictive Substances and Behaviours”, Oxford, 2017.

(79) Como es bien sabido, el art. 27 de la Convención de

Viena sobre el Derecho de los Tratados prohíbe, en principio, recurrir al derecho interno en relación con las obligaciones derivadas de los tratados internacionales. Sin embargo, esto no debe impedir la defensa de los derechos fundamentales contra las exigencias irrazonables de los acuerdos sobre drogas, aunque solo sea porque los propios acuerdos no se cansan de subrayar la primacía de la legislación nacional. Por ejemplo, el párr. 1 del art. 2º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, dice que “[e]n el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos”. El párr. 5º b) del art. 2º de la Convención Única va aún más lejos, según el cual ciertas obligaciones solo conciernen a las Partes que consideran que, habida cuenta de las circunstancias que prevalecen en su Estado, sea este es el medio más adecuado para pro-

teger la salud pública. Incluso la JIFE se refirió explícitamente en junio de 2019 a la legitimidad de invocar el Derecho Constitucional interno, véase E/INCB/2019/Alert.12: *State responses to drug-related criminality* (Respuestas de los Estados a la delincuencia relacionada con las drogas). Sobre la compatibilidad de la Ley de Estupefacientes alemana con la Constitución, véase NESTLER, Cornelius, “Grundlagen und Kritik des Betäubungsmittelstrafrechts”, en KREUZER (Hg.), *Handbuch des Betäubungsmittel-Strafrechts*, Múnich, 1998, ps. 697-860. Para un estudio de la compatibilidad con el estado de derecho, véase HUSAK, Douglas R., “Drugs and Rights”, Cambridge, 1992.

(80) “Sin duda alguna, estamos entrando en la era de los enfoques cada vez más fragmentados de la fiscalización de drogas. Esto no es necesariamente algo malo —ciertamente preferible frente a la continuación de políticas ineficaces que desperdician recursos y trabajan en contra de la justicia social y la salud y el bienestar públicos—”, TRACE, Mike, “Epílogo”, en KLEIN - STOTHARD, ob. cit., p. 291.

## En memoria de Julio Maier

### VIENE DE TAPA

apertura del juicio oral y, el tribunal del juicio oral mismo, no existe una diferencia (5). Los

proyectos de reforma latinoamericanos, como es sabido, no siguieron en este punto al Derecho alemán. En su mayoría, por el contrario, se previó expresamente que, en estas diferentes etapas procesales, los jueces o tribunales competentes, también deben ser diferentes (6).

Tampoco puede desconocerse el significado que tuvo Maier para la reforma procesal penal latinoamericana. Esto se desprende desde luego, por el hecho que dicha reforma

se orientó, por lo menos en su inicio, en buena medida por el Código Procesal Modelo para Iberoamérica (7), del cual Maier fue coautor (8). De las obras posteriores de Maier, debe ponerse especialmente de relieve su tratado de Derecho Procesal Penal de tres tomos (9). Como es conocido, la reforma procesal penal últimamente siguió en esencia al modelo procesal penal adversarial angloamericano, alejándose así de la posición de Maier, más bien cercana al modelo alemán. Irónica-

mente, sin embargo, la opción por el modelo angloamericano también podría encontrar un antecedente en Maier, pues su discípulo Alberto Binder —junto a la escuela chilena de la Universidad Diego Portales— fue uno de los principales protagonistas en el desarrollo de esa reforma, abogando radicalmente por el rechazo del tradicional procedimiento inquisitivo escrito. Un procedimiento inquisitivo reformado, como el alemán, era incompatible con dicho radical rechazo (10).

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional de la Universidad de Göttingen; Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CE-DPAL) de dicha Universidad; Magistrado del Tribunal Especial para Kosovo (*Kosovo Specialist Chambers*), La Haya y *Amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia. Agradezco a mi doctorando, Sem Sandoval Reyes (LL.M.), por la traducción del alemán y por la asistencia en la búsqueda de algunas fuentes. Traducción revisada por el autor.

(1) En el ínterin el Instituto ha tomado una nueva dirección como deja ver su nueva denominación: Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht (Instituto Max Planck para la investigación de la criminalidad, la seguridad y el Derecho).

(2) También participaron como co-coordinadores del proyecto Eberhard Struensee, gran amigo de Maier, Daniel Pastor y Jan Woischnik.

(3) MAIER, Julio, “La Ordenanza Procesal Penal Alemana”, Ed. Depalma, Buenos Aires, vol. I, 1978; vol. II, 1982. Otra (antigua) traducción es obra del profesor español de Derecho procesal penal GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis,

“El proceso penal alemán, introducción y normas básicas”, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

(4) Véase su discusión con Jürgen Baumann a partir del comentario a su libro: “MAIER” en BAUMANN, Jürgen, “Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts (conceptos básicos y principios procesales del derecho procesal penal)”, W. Kohlhammer, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz, 1979, 3ª ed., 190 ps., en *Doctrina Penal* (DP), t. 3 (1980), nro. 11, ps. 745-752; réplica de Baumann: “Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes en el Derecho Procesal Penal argentino y alemán”, en DP 5 (1982), nros. 17-20, ps. 169-173; réplica de Maier: “Conclusiones básicas sobre las aclaraciones del profesor Jürgen Baumann”, DP, lugar cit., ps. 363-368.

(5) Ver § 199 inc. 1º StPO: “Das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht entscheidet darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen ... ist” (“... decide el tribunal competente para el debate sobre si debe abrirse el procedimiento principal”), traducción de MAIER, véase *supra* nota 3, vol. II, p. 167). Esta idea también se encuentra presente en su tratado: véase Maier, *infra* nota 9, t. II, ps. 484-487.

(6) Véanse los arts. 52 ss., 279 s., 281 ss. del reciente CPP Federal de Argentina; arts. 260 ss. y 281 ss., CPP de Chile; arts. 323, 351-355; 371-374, CPP Perú; arts. 603, 604, 609-

614 del COIP y arts. 220, 221; 224, 225 del su COFJ de Ecuador; arts. 316 ss. y 342 ss. CPP de Costa Rica; arts. 341, 342, 347, 349 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México. Esta idea ya estaba presente en el Código Modelo, véase Maier, *supra* nota 3, vol. II, ps. 24-26 en relación con los arts. 267-277, y 282 ss. del CPP Modelo para Iberoamérica. Confróntese también J. Woischnik, “Untersuchungsrichter und Beschuldigtenrechte in Argentinien: eine kritische Würdigung des neuen Bundesstrafverfahrensrechts anhand der rechtsstaatlichen Vorgaben der Menschenrechtskonventionen”, Freiburg 2001, ps. 96-115; en español: Juez de instrucción y derechos humanos en Argentina”, trad. Gabriel PÉREZ BARBERÁ, Konrad Adenauer - Stiftung - Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 121-140.

(7) Sobre su historia y origen confróntese “Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal” (editor), “Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica”, Ed. Hammurabi SRL, Buenos Aires 1989, ps. 7 ss. El proyecto fue presentado y preparado en 1988 por Jaime Bernal Cuéllar, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover und Julio B. J. Maier.

(8) Cf. Langer, “Revolución en el proceso penal Latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia”, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, ps. 27-

31, disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Langer-Revolucion-en-el-proceso-penal.pdf>; VARGAS VIANCOS, “La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica”, en *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, Nr., Quito, enero 2008, ps. 33-47, disponible en: <https://revistas.flacoandes.edu.ec/urvio/article/view/33-47/1645>; Binder, “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en NIÑO GUARNIZO, Catalina (coord.), *La Reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Friedrich Ebert Stiftung, Bogotá, 2016, ps. 67-77, disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/12574.pdf>.

(9) Maier, “Derecho Procesal Penal”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, t. I; 2003, t. II; 2011, t. III. La elaboración del t. IV fue encomendada por Julio Maier a Daniel Pastor, Gabriel Pérez Barberá y Eugenio Sarrabaryouse, reservándose la revisión final del texto, tarea que casi había concluido al momento de fallecer. Maier, luego no publicó otras obras científicas de gran magnitud, si, en cambio, anécdotas, poemas, y un libro de música. Esto muestra también su gran creatividad.

(10) Sobre la clasificación de los modelos, especialmente la aplicación de “acusatorio” (frecuentemente errónea), ver: *Ambos/Woischnik*, ZStW 113 (2001), ps. 334 (348 ss.);

Posiblemente, es justo señalar, que Maier nunca fue dado a transitar por las tierras bajas de la política criminal latinoamericana, sino que más bien, observaba las cosas desde una adecuada distancia y altura académica. Maier fue naturalmente un importante referente del movimiento de reforma procesal penal latinoamericano. Apenas había personas con su sólida formación y su perspectiva sobre el acontecer procesal penal mundial. Sin embargo, el no se puso nunca a sí mismo en el primer plano (muy diferente a los “jóvenes radicales” de ese tiempo); por el contrario, te-

nía que solicitarse con mucha insistencia su intervención.

Vale la pena mencionar que el proyecto de investigación que condujimos juntos dio lugar a la publicación de un libro para la reforma procesal penal en el año 2000 (11). Este libro encontró una amplia recepción y se encuentra disponible hasta el día de hoy (12). Sin embargo, en qué medida dicho proyecto de investigación influyó también el proceso de reforma, es difícil y, a la vez, dudoso señalarlo. Pues este se orientó más y más, como se dijo precedente-

mente, por el procedimiento contradictorio angloamericano. Con él, si bien se esperó conseguir un radical alejamiento del tradicional procedimiento inquisitivo, no se llegó al extremo de adaptar todos sus elementos estructurales (especialmente, los tribunales por jurados) (13). Hoy es razonable preguntarse —con el beneficio de la retrospectiva—, si ese radical cambio, a un procedimiento contradictorio, fue el camino correcto (14). Sabemos que una reforma apenas puede ser exitosa si no se cuenta con una mejor formación y capacitación de los actores del procedimiento penal, especialmente los

órganos de investigación (la policía!) (15). En cualquier caso, el proceso de reforma se alejó probablemente del *Código Modelo*, lo que quizá también aclara la creciente distancia de Maier en relación con ese proceso. En cualquier caso, esto no afecta la obra y el legado de este gran hombre. Él seguramente, será recordado como uno de los más grandes científicos de Derecho Procesal Penal, cuya partida, no solo para Latinoamérica, representa una gran pérdida.

Cita on line: AR/DOC/2951/2020

## { NOTAS }

en español: en Maier *et al.*, *infra* nota al pie 11, ps. 867 ss.; con una orientación histórica jurídica luego, *Ambos*, Jura 2008, ps. 586 ss.; en español: “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, en BACHMAIER Winter (coord.), *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2008, ps. 49 ss.; BACHMAIER, Winter, “Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 24, 2009, ps. 172-198, disponible en: <http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/Sistemas-procesales.-superar-dicotomia.pdf>.

(11) Cf. Maier/*Ambos*/ Woischnik (coords.), “Las reformas procesales penales en América Latina”, Konrad-

Adenauer-Stiftung/Ad-Hoc. Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Buenos Aires, 2000; resumidamente: *Ambos*/ Woischnik, ZStW 113 (2001), ps. 334 ss. El libro puede ser consultado en la página web del CEDPAL: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Forschung/Projekte/Reformas%20Procesales%20Penales/ReformasPPAL.pdf>.

(12) Ver la página web de la editorial: <http://www.editorialadhoc.com/busqueda/ambos#>

(13) Cf. también Langer, *supra* nota 8; Vargas, *supra* nota 8; Binder, *supra* nota 8.

(14) Para un “balance mixto”, consultar *Ambos*, “Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina”, en *Revista Política Criminal*, 2, 2006, disponible en <https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/publikationen/e-publikationen-pdf>; recientemente y críticos en relación con el estado de la justicia penal, *Ambos*/ Aboueldahab, “Strafjustiz und Strafflosigkeit”, en Maihold/Sangmeister/Werz, (coords.), *Lateinamerika. Handbuch für Wissenschaft und Studium*, Nomos, Baden-Baden, 2019, ps. 172 ss.; véase también las conclusiones a la evaluación al sistema procesal penal chileno a cargo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Arellano, Jaime (dir.), “Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: Análisis retrospectivo a más de una década”, Santiago de Chile, 2017, ps. 245-256, disponible en: <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5595/4%20-%20Desaf%3%ados%20de%20la%20Reforma%20Procesal%20-%20VERSI%3%93N%20DEFINITIVA.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

publikationen/e-publikationen-pdf; recientemente y críticos en relación con el estado de la justicia penal, *Ambos*/ Aboueldahab, “Strafjustiz und Strafflosigkeit”, en Maihold/Sangmeister/Werz, (coords.), *Lateinamerika. Handbuch für Wissenschaft und Studium*, Nomos, Baden-Baden, 2019, ps. 172 ss.; véase también las conclusiones a la evaluación al sistema procesal penal chileno a cargo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Arellano, Jaime (dir.), “Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: Análisis retrospectivo a más de una década”, Santiago de Chile, 2017, ps. 245-256, disponible en: <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5595/4%20-%20Desaf%3%ados%20de%20la%20Reforma%20Procesal%20-%20VERSI%3%93N%20DEFINITIVA.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

(15) Sobre la policía, véase *Ambos*/ Gómez-Colomer/Vogler, La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos, Instituto Max-Planck para el Derecho penal extranjero e internacional, disponible en: <http://cedpal.uni-goettingen.de/data/investigacion/grupales/Antiguos/PoliciaKaiAmbos.pdf>; resumidamente: *Ambos*/ Malarino, ZStW 116 (2004), p. 513. Es pertinente también la evaluación al sistema chileno citado en *supra* nota 14, ps. 250 ss., en relación con el trabajo entre la fiscalía y la policía.

# Los significados judiciales del castigo

Ezequiel Kostenwein (\*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. ¿Al prójimo o al enemigo? Castigo, semejanza y alteridad.— III. ¿Por qué se debe castigar? De las teorías y las convicciones.— IV. Las bases sociales del castigo judicial.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía.

## I. Introducción

Este trabajo presenta dos imágenes en torno al castigo, o más exactamente, de a quienes estamos castigando: ¿son nuestros prójimos o son nuestros enemigos? ¿Castigamos a un semejante o a un adversario? Si bien se trata de dos imágenes que no tienen el mismo punto de partida, caracterizarlas ayuda a comprender los presupuestos de cada una de ellas. Luego se explora las percepciones de los integrantes de la justicia penal argentina en torno a dos temas centrales a la hora de pensar el funcionamiento de esta institución: las teorías de la pena en la que justifican la necesidad de castigar, es decir, cómo validan la potestad que tiene el Estado de provocar dolor deliberadamente. La segunda cuestión se relaciona con las razones por las cuales, según los actores judiciales, una sociedad necesita castigar ciertas conductas, más allá de los enunciados ideales. A partir de la combinación de ambos interrogantes procuramos identificar algunos criterios importantes para interpretar mejor el significado *judicial* del castigo.

El castigo ha sido, y sigue siendo, un tema de reflexión de numerosas investigaciones provenientes de diversas disciplinas, métodos y perspectivas: la filosofía, la historia, el derecho, la sociología, la antropología, son algunos

de los campos que han tomado a este tema como objeto de estudio. Aquí propondremos dos imágenes al respecto que nos parecen interesantes, fundamentalmente por el contraste en sus enunciados: ¿castigamos a nuestros prójimos o castigamos a nuestros enemigos? En primer lugar, vale explicitar que se trata de esquematismos que permiten incluir en estas dos figuras tópicos que provienen de enfoques diversos. A su vez, ambas posturas parecen ofrecer un sesgo crítico respecto al ejercicio de sancionar, aunque en su desarrollo apelan a presupuestos muy distintos. Quienes piensan en el prójimo, lo hacen principalmente desde una actitud normativa y prescriptiva, y quienes reconocen al enemigo, se apoyan en criterios descriptivos y explicativos. Pero, además, hay otra cuestión interesante que parece surgir: en un caso, el motor de la penalidad se intenta ubicar en la identidad con el castigado, y en el otro, el fundamento más elocuente es la alteridad. Con todo esto, trataremos de pensar si dichas imágenes juegan algún papel en los criterios y bases *judiciales* del castigo, y de no ser así, de qué forma se explican los integrantes de la justicia penal en Argentina las justificaciones teóricas de la pena junto a las causas sociales de la punición. Sirve aclarar que se trata de un trabajo exploratorio, que aspira a marcar un punto de partida en el abordaje empírico de estos interrogantes.

Para llevar a cabo nuestro trabajo se eligió un enfoque metodológico cualitativo, más específicamente entrevistas a 23 integrantes de la justicia penal de la Argentina, con el objetivo de acercarnos a sus percepciones respecto de los tópicos planteados. Del total de entrevistados; 14 pertenecen a la Provincia de Buenos Aires; y 9 al ámbito de la justicia federal. Dichas entrevistas se obtuvieron a partir de un criterio de factibilidad, con actores judiciales que conocíamos de investigaciones previas, y luego siguiendo un muestreo de bola de nieve debido a los obstáculos propios para acceder a quienes se desempeñan en esta institución.

## II. ¿Al prójimo o al enemigo? Castigo, semejanza y alteridad

Castigar al prójimo, al menos en cierto aspecto, puede ser entendido como sancionar entre semejantes, pero, en primer lugar, debe describirse como una interpelación e intento de resignificación del acto mismo de castigar a partir de los vínculos que configura la vida en comunidad. Si la pena no es un acto que contribuya a comprender mejor las razones por las que se le reprocha socialmente algo a alguien, entonces no consigue su propósito. En palabras de Antony Duff:

“Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo

no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos solo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos” (1).

Este tipo de concepción prioriza una actividad “comunicativa” de la respuesta penal, en el sentido de que esta última debe ser considerada como un lenguaje comprendido por quien ha cometido una ofensa y, justamente por esto, resulte apropiado llamarlo a respon-

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Ezequiel Kostenwein es Abogado (UNLP), Magister en Criminología (UNL) y Doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Es Investigador del CONICET y coordinador del Área de Sociología de la Administración de la Justicia Penal en el Instituto de Cultura Jurídica

(UNLP). Docente de grado y posgrado (UNLP, UNL). Actualmente dirige el proyecto de investigación “Condiciones y condicionamientos dentro de la justicia penal en la Provincia de Buenos Aires: elementos para analizar su autonomía” (PPID - UNLP). Es autor de “Por una criminología menor: ensayos, admiraciones y asercio-

nes” (Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2014), “La cuestión cautelar: el uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal” (Ediar, 2016), y “Temblores criminológicos. Dilemas sobre el castigo, el control social y la responsabilidad penal” (Ed. Astrea, 2019). Compiló “Sociología de la justicia penal. Interrogantes actuales

sobre la administración del castigo” (Ediar, 2017), y “La condición judicial. Dimensiones sociales de la justicia penal” (Ed. Ad-Hoc, 2020).

(1) DUFF, A., “Punishment, Communication and Community”, Oxford University Press, Oxford, 1996, ps. 195-6.

der. A su vez, se suele exigir que dicha comprensión sea fáctica —respecto a que el individuo esté en condiciones de entender que hay un hecho específico que se le atribuye— y normativa —acerca de que su conducta constituya un acto que está penalmente sancionado—.

Otra cuestión importante que se deriva de esto es que debe existir participación de diferentes sectores e instituciones en torno a la deliberación sobre qué actos necesitan ser tipificados por las leyes que aplica la justicia penal. Al mismo tiempo, esta justicia necesita llevar adelante debates con diversos actores sociales a la hora de tomar decisiones importantes con efectos punitivos para la comunidad —como por ejemplo determinadas condenas o absoluciones, criterios para definir mayor o menor severidad en las sentencias, etc.—, decisiones que no se apoyen exclusivamente en los criterios que “desde arriba” ofrezcan los expertos del derecho. Por lo tanto, en una comunidad de iguales, cuando habla el derecho no se escucha una voz extraña o que solo señale cómo preservar intereses particulares, sino que se percibe una voz compartida por preocupaciones colectivas. Las normas, las discusiones y las respuestas tienen como fuente, y como resultado, un escenario común ligado a aquellos compromisos *que nos llevaron a tomar la decisión de vivir en conjunto*, y no a derrotar a un adversario (2).

Castigar al prójimo supone, además, tener en cuenta la fragilidad de los lazos que unen a las personas actualmente, y cómo frente a autoridades penales distantes que deciden sobre los conflictos, estos últimos resultan eventos privilegiados para que sea posible una respuesta simplista del discurso punitivo. En definitiva, se parte de la idea que *la imposición intencional del dolor es más fácil cuanto más lejos se está del receptor* (3).

El castigo, en este sentido, es siempre producto de una manera específica de reparto de dolor, todo lo cual implica un modo concreto de ejercitar el poder: estos tres elementos, dolor, castigo y poder, están permanentemente interactuando de manera altamente heterogénea. En consecuencia, la figura del prójimo revela un gran problema para el modo en el que trabaja el sistema penal, o en palabras de Nils Christie:

“Mientras la vida civil contiene una mezcla de interacción formal e informal, la institución penal estará dominada por la formalidad —para proteger a quienes puedan recibir dolor, pero también a quienes reparten dolor—” (4).

Por lo tanto, uno de los grandes peligros aquí es la abstracción o burocratización del dolor, razón por la cual se impugna que factores neutros tengan preponderancia en la toma de decisiones respecto de este:

“La decisión política de eliminar la preocupación por el entorno social del acusado implica mucho más que el hecho de que estas características no se tengan en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre el dolor. A través de esta medida, el delincuente queda en gran parte excluido como persona. No tiene sentido conocer el entorno social, la niñez, los sueños, las derrotas —tal vez mezcladas con el brillo de algunos días felices—, la vida social, todas esas pequeñas cosas que son esenciales para percibir al otro como a un ser humano [...]. El dolor se convierte en una unidad monetaria” (5).

De este modo, una comunidad de iguales debería orientarse hacia una justicia horizontal, sustentada en el acontecimiento ocurrido, y no tanto en las normas jurídicas que están creadas con anterioridad al encuentro de las personas. El resto de las pautas sociales como los usos, las costumbres o las creencias, son fluctuantes en términos de significación, pudiendo reinterpretárselas dentro del ámbito mismo de las interacciones:

“Llamémoslo [a esto] justicia horizontal, creada por personas considerablemente iguales en virtud de su cercanía. Por supuesto, no completamente iguales. Algunos tienen mejores ropas que otros, algunos vienen de mejores familias, algunos son más inteligentes. Pero comparado con lo que ahora viene, son iguales, y sus decisiones están basadas en que ellos son parte del proceso” (6).

¿Cuáles podrían ser los elementos de esta justicia horizontal? Por un lado, que las decisiones sean tomadas teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad, y no las de la institución judicial. En segundo lugar, la magnitud de los hechos no debe definirse, como en el sistema legal, por reglas abstractas y universales, sino que *lo relevante es lo que los participantes encuentran relevante*. A su vez, se debe priorizar la compensación por sobre la retribución, principalmente porque si las personas se conocen demasiado, el castigo puede resultar incómodo como forma de abordaje de los conflictos, es decir, que *la compensación, más que el dolor, se vuelve la respuesta natural* (7).

“El hecho de repartir dolor, a quién y por qué, contiene un conjunto infinito de serias preguntas morales. Si hay algún experto en estos temas, se trata de los filósofos. También suele haber expertos en decir que los problemas son tan complejos que no podemos actuar sobre ellos. Tenemos que pensar. Tal vez esa no sea la peor alternativa cuando la otra opción es el reparto de dolor” (8).

Como consecuencia, para castigar al prójimo se debe evaluar a la pena como un valor a partir del cual se pretende dotar de valor a otros valores (9), y más en general, hace falta tener en claro que el nivel y el tipo de valores que se necesitan proteger por medio del castigo son un reflejo de las normas que reinan en una sociedad.

Castigar al enemigo, tal como lo dijimos al comienzo de este apartado, parte de criterios ante todo descriptivos y explicativos: no propone un horizonte deseable, más bien caracteriza el lugar en el que efectivamente estaríamos respecto de la penalidad. Pero ¿qué debemos entender por enemigo en este punto? Aquí encontramos una dificultad específica porque existen una multiplicidad de fenómenos que podrían ser definidos a partir de este concepto, como por ejemplo *enemigos* religiosos, étnicos, políticos, variando como consecuencia las maneras en que se justifican los criterios para castigarlo.

Considerada en términos generales, se trata de una figura que tendría la posibilidad de facilitar la cohesión social a partir de la exclusión de ciertas personas, vale decir, un enemigo odiado por la opinión pública, aparentemente fuerte, pero en realidad débil (10). En este aspecto, son conocidos los beneficios que el temor bien gestionado brinda a las autoridades: a partir de sujetos representados como una amenaza, se está en condiciones de *para-*

*lizar* las diferencias en la población e intensificar la pertenencia en torno a valores que, de lo contrario, podrían ponerse en cuestión. En palabras de Mead:

“La conciencia del sí mismo a través de la conciencia de otros es responsable de un sentimiento de hostilidad más profundo —el de los miembros de un grupo hacia los de un grupo opositor, o incluso hacia los que simplemente no pertenecen al grupo—. Y esta hostilidad tiene el respaldo de la totalidad de la organización interna del grupo. Provee la condición más favorable para el sentido de solidaridad grupal, ya que en el ataque común hacia un enemigo común se desvanecen las diferencias individuales” (11).

Según esta postura, las astucias por las cuales se inventa o identifica al *enemigo* son variadas, sin embargo, existe un fenómeno a partir del cual esta figura se rediseñó, y es analizada en la literatura sobre el castigo en las últimas décadas: la declinación del paradigma rehabilitador (12). De allí en adelante, el enemigo se vuelve un sujeto sin futuro, un sujeto sobre el que debemos profesar extremo escepticismo; en suma, un sujeto al que cabe neutralizar y excluir.

Una de las líneas dentro de esta concepción se origina en torno al derecho penal: allí surge el planteo de Gunter Jakobs (13), quien teoriza sobre el “derecho penal del enemigo”, según el cual

“El sistema de la justicia criminal debe avanzar a mayor velocidad, de forma tal que junto a un sistema penal de las garantías de los ciudadanos se legitimen otros sistemas penales diversos, contra aquellos que no pueden ser considerados como personas” y que entonces deben ser definidos como “enemigos”, en cuanto socialmente peligrosos. Y contra los enemigos —ya se sabe— lo que vale es la lógica de la guerra: un derecho penal de la neutralización, de la incapacitación selectiva y del control social tecnocrático, hasta un derecho penal del exterminio” (14).

Según sus críticos, esta doctrina jurídico-penal que admite y legitima el concepto de enemigo parece entrar en colisión con los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o lo que es lo mismo, con la teoría política de este último. Aquí se plantea como hipótesis que desde hace algunas décadas se ha retrocedido en el ámbito de la política penal, más concretamente, en las discusiones que tenían como referencia perspectivas reduccionistas o incluso abolicionistas de la respuesta penal a una expansión de las facultades de sancionar. En este contexto, la categoría de enemigo de la sociedad comenzó a adquirir cada vez mayor centralidad, entre otras cosas porque por medio de esa misma categoría se le niega su calidad de persona a quienes son así definidos: solo se realiza del enemigo su rasgo amenazante o pernicioso (15). De acuerdo con este enfoque, la anulación de los enemigos es respaldada en que se dirige hacia “no-personas”. Y este mecanismo de negación sobre las características de persona es sostenible únicamente cuando se reconoce que su personalidad no proviene de la naturaleza, sino que es una asignación normativa de carácter moral, social y jurídico.

Alejándose de una orientación jurídico-penal, autores como Garland ponen énfasis en

el enemigo a partir de una teorización sobre el fracaso del modernismo penal. Esto último, sostiene el autor, ha facilitado la puesta en entredicho de ciertos parámetros morales de la sociedad, junto a la búsqueda de nuevos preceptos que debiliten los estándares del mencionado modernismo penal. En concreto, se “Redramatiza [el delito], representándolo en términos melodramáticos, considerándolo una catástrofe, encuadrándolo en un lenguaje de la guerra y la defensa social. Según sus impulsores, el problema de la modernidad penal y de la sociedad moderna que lo engendra es que padecen de la falta de coraje moral [...]. Es, además profundamente antiliberal al dar por supuesto que ciertos delincuentes son ‘simplemente malvados’ y, por lo tanto, intrínsecamente diferentes del resto de nosotros. Esta visión del delincuente tiene implicaciones ontológicas y epistemológicas. Al ser intrínsecamente perversos o malvados, algunos delincuentes no son como nosotros. Son los otros peligrosos que amenazan nuestra seguridad y no merecen ni una pizca de nuestra simpatía. La reacción apropiada de la sociedad es la defensa social: debemos defendernos de estos enemigos en lugar de preocuparnos por su bienestar y posibilidades de rehabilitación [...]” (16).

Todo esto podría tener implicaciones profundas en la manera en la que nos acercamos a esos “otros peligrosos” puesto que, al adjudicarles una maldad inherente, pone en riesgo la posibilidad de un abordaje reflexivo sobre el tema. El presupuesto cultural de la modernidad penal es que a los infractores se los debe tratar como sujetos a los cuales es posible comprender porque hay algo que se comparte, una esfera humana dentro de la cual se convive. Sobre el enemigo, por el contrario, pesa más la demanda de castigar que la voluntad de comprender: tanto el como aquello que hace, se lo debe calificar de maligno, siendo esta maldad esencial y socialmente incondicionada.

Hay otra línea de trabajo que busca explicar el lugar del enemigo a partir del gobierno neoliberal de la seguridad ciudadana: adversario es quien proviene de grupos excedentes que no tienen posibilidad real de acceder al mercado de trabajo. Esta concepción argumenta que el castigo estatal es un complemento de las políticas económicas neoliberales que han dominado las políticas de diversos países en occidente desde los años setenta. De acuerdo con este enfoque, el sistema penitenciario se expandió para contener a una población residual compuesta en gran parte por jóvenes que provienen de grupos minoritarios, expulsada de la esfera laboral por las políticas de libre-mercado y despojada del apoyo social, como consecuencia del retroceso del Estado welfarista keynesiano. En un contexto socioeconómico como este, al enemigo se lo disciplina con la amenaza del encarcelamiento, junto a los magros beneficios del “workfare” en tanto desincentivo que presiona a los individuos a aceptar cualquier forma de trabajo poco atractiva y de baja remuneración. Aquí la hipótesis es la de un achicamiento de las políticas de contención social articulado con el ensanchamiento del Estado penal, o lo que es lo mismo, se trata de ejecutar: “una política de criminalización de la miseria que es el complemento indispensable de la imposición del trabajo asalariado precario y mal pago como obligación ciudadana, así como de la nueva

## { NOTAS }

(2) GARGARELLA, R., “El reproche en una sociedad de iguales en Sociología de la justicia penal”, Ediar, Buenos Aires, 2017.

(3) CHRISTIE, N., “Los límites del dolor”, Ed. FCE, Buenos Aires, 2001, p. 102.

(4) CHRISTIE, N., “Una sensata cantidad de delitos”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 156.

(5) CHRISTIE, N., “La industria del control del delito”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 144.

(6) CHRISTIE, N., “Una sensata cantidad de delitos”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 113.

(7) *Ibid.*, p. 114.

(8) CHRISTIE, N., “La industria del control del delito”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 189-191.

(9) KOSTENWEIN, E., “Temblores criminológicos”, Ed. astrea, buenos aires, 2019.

(10) CHRISTIE, N., “Suitable enemies”, en BIANCHI, H., *Abolition*, Free University Press, Ámster-

dam, 1980, p. 42.

(11) MEAD, H., “La psicología de la justicia punitiva”, en *Revista Delito y sociedad*, 9-10, Año 10, 1997, ps. 32-42.

(12) ALLEN, F., “The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose”, Yale University Press, New Haven and London, 1981, *et al.*

(13) JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en: JAKOBS, G. - CANCIO MEUÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Civitas, Ma-

drid, 2003, ps. 19-56.

(14) PAVARINI, M., “Castigar al enemigo”, FLACSO, Quito, 2009, p. 31.

(15) ZAFFARONI, R., “El enemigo del derecho penal”, Ediar, Buenos Aires, 2006.

(16) GARLAND, D., “The culture of control”, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 172.

configuración de los programas sociales en un sentido restrictivo y punitivo que le es concomitante” (17).

Desde esta concepción el enemigo es pensado, en términos genéricos, como aquel individuo excluido que, por su condición de tal, pueda poner en riesgo la tranquilidad de los sectores más acomodados de la sociedad.

Habiendo hecho este recorrido por dos imágenes acerca del castigo, o, mejor dicho, acerca de a quienes castigamos, vale insistir en que si bien ambas posturas dramatizan el castigo (18), lo hacen utilizando diferentes consignas y presupuestos. Como dijimos al comienzo de este apartado, no se trata de dos imágenes que compitan entre sí, porque no tienen el mismo punto de partida, ni tampoco objetivos similares. Castigar al prójimo trataría de contestar las preguntas: ¿a quién y de qué forma pretendemos castigar? ¿qué nos dice el castigo sobre nosotros en tanto comunidad? Por su parte, castigar al enemigo se basa en otros interrogantes: ¿a quién estamos castigando realmente? ¿Cuál es la verdadera función del castigo en un orden social como el nuestro? En síntesis, castigar al prójimo supone pensar en el modo en el que el control social está surgiendo en el seno de la comunidad, para darle una orientación normativa y comunicativa, y consolidar las bondades de un estilo “parsimonioso” de utilizarlo. Castigar al enemigo se dirige, en lo fundamental, a describir y explicar la ejecución concreta de ese mismo control social, junto a los efectos deletéreos de aplicarlo como se aplica.

### III. ¿Por qué se debe castigar? De las teorías y las convicciones

Cuando ingresamos en la gramática del ámbito judicial, resulta difícil encontrarse con debates acerca de si se castiga al prójimo o al enemigo. De hecho, el castigo tiende a nombrarse pena, y en términos ideales, el *derecho* de penar pretendería servir como un *límite* al ejercicio indebido del castigo. El desapasionamiento que debe orientar la tarea de los integrantes de la justicia penal requiere que se deje de pensar como un igual o como un adversario a quien se está juzgando, para de esta manera apreciar los hechos —y a partir de estos últimos— resolver acerca de la necesidad de acusar, defender, condenar o absolver en cada caso específico. El marco a partir del cual todo esto se tramita es el de las teorías de la pena, las cuales agrupan una serie de justificaciones acerca de por qué sería válido infligir dolor deliberadamente por parte del Estado. Más en concreto, ¿cuál es la finalidad que orienta la decisión de sancionar o para qué debería servir el acto mismo de sancionar?

Nuestra intención aquí no es ahondar en los debates históricos o actuales sobre las mencionadas teorías, sino analizar e interpretar qué dicen los actores judiciales al respecto, pensando en su trabajo cotidiano, y en si este último genera algún tipo de exigencias judiciales sobre sus prácticas. Más allá de esto, vale la pena hacer un mínimo atlas acerca de las retóricas sobre el castigo que nos permita organizar los testimonios.

La distinción convencional entre criterios retribucionistas y utilitaristas sigue operando como una forma de separar aquellas justificaciones que se apoyan en el pasado, de aquellas que se orientan hacia el futuro. En otras palabras, el criterio retribucionista sostiene que alguien que ha provocado un daño merece ser castigado por el hecho mismo de haberlo provocado, mientras que el utilitarismo —en todas sus variantes— se focaliza en las consecuencias

que se pueden extraer de la pena, sea para el infractor, sea para la sociedad. Las teorías que se concentran en el individuo que cometió el delito, suelen denominarse *especiales*: formulado de manera esquemática, están las que procuran la rehabilitación (especial positiva) y las que solo buscan neutralizar la amenaza del supuesto delincuente mediante el encarcelamiento (especial negativa). Las posturas que hacen hincapié en la sociedad se conocen como *generales*, y están las que se orientan a reforzar la vigencia de las normas o de los valores colectivos (general positiva) y aquellas que por medio de la pena pretenden disuadir o desalentar a potenciales ofensores (general negativa) (19).

#### III.1. Justa y útil

Dicho esto, es difícil encontrar operadores jurídicos que adhieran íntegramente a unas u otras puesto que, según sus testimonios, ninguna de ellas por separado abarca la totalidad del fenómeno. De hecho, una cantidad importante de estos actores considera necesario articular diferentes posturas:

*Entrevista 4:* Adhiero a las Teorías Mixtas, porque considero que la aplicación de las teorías absolutas y relativas no resultan funcionales a la finalidad de la pena. No es por desecho, sino porque entiendo que existen otros métodos más efectivos y coherentes aún al combinar ciertos preceptos de ambas hipótesis multidisciplinarias.

*Entrevista 9:* Soy partidario de una visión integradora acerca de los fundamentos y fines de la pena. Coincido con Roxin, entre otros, que ninguna teoría puede determinar por sí sola el contenido y los límites de la pena. Pienso que, debe renunciarse a posturas absolutas y recurrirse a una concepción amplia, amortiguando sus deficiencias a través de recíproca complementación y restricción. Todas tienen una cuota de razón: no se puede negar un mínimo fin retributivo..., tampoco se puede negar la necesidad de prevención general..., y es indiscutible, porque está constitucionalmente exigido, el fin de prevención especial positivo.

*Entrevista 2:* Creo que las más acertadas son las teorías mixtas o de la unión, que combinan elementos de prevención general, combinando las tendencias negativas y positivas, y prevención especial, también positiva y negativa, porque se aproximan a una explicación de la utilidad concreta que se asigna a la pena estatal como una herramienta de control social. El uso de la pena estatal tiene un claro contenido simbólico, como indican las teorías de prevención general, pero también tiene claramente un componente de prevención especial negativa, ya que excluye coactivamente a determinadas personas por un tiempo más o menos largo. El efecto de reinserción social tiene actualmente una incidencia mínima. Las teorías retribucionistas, con base teológica o moral, no creo que puedan justificar hoy la existencia de las penas estatales, aunque puedan ser útiles para comprender su desarrollo histórico. Tampoco comparto las teorías “agnósticas” o negativas, que no asignan ninguna función a la pena, porque creo que ignoran una realidad evidente.

Como los mismos actores lo señalan, estas teorías mixtas o de la unión justifican la pena procurando armonizar los propósitos que refieren las distintas teorías vigentes, para de una forma equilibrada rescatar las ventajas que cada una de las mismas pueda brindar. O, dicho con otras palabras, para las aludidas teorías mixtas la pena será legítima en la medida que sea simultáneamente justa y útil. Ahora bien, por estas mismas intenciones es

que le realizan críticas de diversa índole, como por ejemplo “la duda de que la expiación, retribución, resocialización, compensación de la culpabilidad y la prevención general puedan coexistir simultáneamente” (20). Sin entrar en una discusión dogmática sobre las ventajas y desventajas de estas teorías, quienes adhieren a ellas parecen no concentrarse en un momento determinado, pasado o futuro, sino vincularlos. O quizá consideren que cada uno de esos momentos, necesita una justificación diferente: *todas tienen una cuota de razón*, pero no todas tienen esa cuota de razón en cualquier momento. Como consecuencia, el hecho, el individuo y la sociedad aparecen como pilares de la validación penal en circunstancias diferentes. En definitiva, se trata de actores judiciales que, al menos en cierta medida, consideran que el castigo estatal tiene aspectos positivos, sea para la comunidad, sea para la víctima, sea para la persona condenada.

#### III.2. La pena negada

Un segundo grupo de actores judiciales son aquellos que se enrolan en un enfoque agnóstico o negativo de la pena, lo que supone, por diferentes motivos, que no le asignan al castigo estatal ningún tipo de ventaja. Por lo tanto, aquí la tarea del derecho penal debe orientarse a contener y reducir el poder punitivo del Estado para evitar que este último cometa más crímenes que los que pretende impedir.

*Entrevista 14:* No ninguna en particular, dado que las distintas concepciones que se ofrecen no pudieron corroborar sus postulados empíricamente; y ello en el mejor de los casos, porque en muchos otros resultaron fácilmente refutados. Coincido con el planteo de Zaffaroni en cuanto la pena no previene, no resocializa, no frena cursos lesivos. Opino que, si bien puede aceptarse que cada orden social contiene en sí mismo la desviación, ello no implica que haya que responder con un castigo. La pedagogía puede enseñarnos mucho de este, una cosa es reprochar, desapropiar y otra castigar.

*Entrevista 6:* No, si es que entendemos como teoría de la pena una única, legitimante, que justifique todos los casos. Me seduce la teoría negativa de Zaffaroni. La pena tiene efectos. Múltiples, desconocidos algunos, sobre todo a nivel social. Pero si la pregunta es cómo se justifica la existencia de la pena: diría que algunas podrían tener alguna justificación, pero seguramente acotada al puñado de casos específicos, y en particular sin considerar en ellos las de prisión. Podría elucubrar posibilidades de justificación de penas de multa en algunos casos, y seguir con algunas intuiciones en ese sentido, continuar con la idea de las penas a las personas jurídicas, etc. Pero sobre la pena de prisión, no.

*Entrevista 19:* Por mi formación y filiación académica, por decirlo de algún modo, adhiero a la teoría agnóstica de la pena, que la posiciona como un hecho político y reniega de cualquier fin estatal positivo o útil del castigo estatal. Sin perjuicio de la cita —e influencia— de autoridad que traigo a cuento, considero que la posición de Zaffaroni es la que más se asemeja al funcionamiento real del sistema penal en general y del castigo en particular.

Como se puede observar, aquí los diagnósticos y las expectativas son pesimistas, tomando como base aseveraciones generales sobre las agencias penales que habrían cometido —o estarían cometiendo— los peores crímenes utilizando uno de los poderes coercitivos del Estado, es decir, el poder punitivo. Este diagnóstico conduce a postular la necesidad de

que el derecho penal no se oriente a homologar esta situación, o lo que es lo mismo, que el derecho penal no legitime un poder punitivo que, por un lado, es sumamente amenazador cuando carece de límites y controles, y por otro, no ayuda a resolver las situaciones problemáticas, sino que por el contrario las profundiza. En palabras de Zaffaroni:

“Asignen al poder punitivo funciones falsas desde el punto de vista de la ciencia social, pues no se verifican empíricamente, provienen de generalizaciones arbitrarias de casos particulares de eficacia, jamás pueden afirmarse en todos los casos y ni siquiera en un número significativo de ellos” (21).

En efecto, aquí se sostiene que tanto las teorías retributivas como las utilitaristas —las teorías positivas, en definitiva— resultan falaces puesto que son expresadas ignorando los datos de la vida real. Como no es posible conocer las funciones concretas de la pena, hay que desarrollar un concepto negativo de esta, de allí que sea *entonces una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara o restituye, no detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes* (22). Al fin y al cabo, dado que según esta postura no se está en condiciones de saber verdaderamente para qué sirve el castigo del Estado, lo que hay que ofrecer es una mirada cautelosa y agnóstica acerca del fenómeno.

#### III.3. Ataraxia punitiva

Otros de los criterios más representativos entre los actores judiciales, que en cierto aspecto podría resultar inquietante, es el de aquellos que afirman no comulgar concretamente con ninguna de las teorías de la pena. Esto significa que no sienten afiliación directa ni por las tesis retributivas, ni por las utilitarias, ni por las agnósticas, lo que podríamos definir como una *ataraxia* punitiva que deriva de cierta apatía sobre las teorías de la pena.

*Entrevista 12:* Diría que no. Es decir, no creo que la pena, entendida como pena de prisión y privación de la libertad, tenga efecto alguno, ya sea sobre el conjunto de la sociedad en términos disuasorios o sobre la persona penada para lograr su resocialización, entre otras. Sin embargo, muchas veces entro en contradicción con ciertos casos de violencia estatal donde la pena de prisión parece ser el único reclamo que satisfaga esa demanda. En esos supuestos, frente a hechos de violencia institucional o, incluso, los crímenes de lesa humanidad, no encuentro otra salida que la pena de prisión, lo cual parece acercarme, sin quererlo ni desearlo, a ciertos aspectos incapacitadores del encierro. Y es un interrogante sobre el cual todavía no encontré respuesta.

*Entrevista 17:* No adhiero a ninguna teoría de la pena porque entiendo que no existen fundamentos válidos para imponer una sanción privativa de un derecho fundamental a otro ser humano antes de intentar resolver ese mismo hecho dentro del sistema y no sacándolo de él o desregulando conductas a otros ámbitos del derecho. Estoy convencido de que la inmensa mayoría de los hechos presuntamente delictivos pueden ser resueltos o transformados intrasistema penal teniendo como eje para esa resolución y transformación una narrativa comunicacional entre los sujetos involucrados tendientes a resolver entre ellos los lazos que han sido rotos mediante el hecho puntual por el que se entró al sistema y en muchos casos todo su contexto interrelacional.

*Entrevista 21:* Creo que ninguna teoría de la pena termina de justificar acabadamente la

### { NOTAS }

(17) WACQUANT, L., “Las cárceles de la miseria”, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2004, p. 102.

(18) GARLAND, D., “The culture of control”, Oxford University Press, Oxford, 2001.

(19) MEINI, I., “La pena: función y presupuestos”, *De-recho PUCP*, 71, 2013, 141-167; Sancinetti, M., “Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo”, Conferencia dictada en el marco del II Simposio Inter-

nacional de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, Asunción, 2015.

(20) MEINI, I., “La pena: función y presupuestos”, *De-recho PUCP*, 71, 2013, 141-167.

(21) ZAFFARONI, R., “Derecho Penal. Parte general”, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 44.

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

aplicación de penas, menos aún en términos generales, respecto de las diversas conductas que actualmente se encuentran receptadas por nuestra legislación penal. Sobre todo, con relación a la pena privativa de la libertad, es innegable que, más allá de las fundamentaciones filosóficas que puede tener, hoy en la realidad, se manifiesta como puro despliegue de poder y se aleja mucho de los fines declarados constitucionalmente. Es una hipocresía sostener que la pena de prisión tiene algún tipo de fin reparador, resocializador o reeducador de las personas que pasan por contextos de encierro. Además, no tiene ningún sentido hablar, y estudiar y enseñar, sobre las teorías de la pena si no se hace en forma conjunta con el contexto donde las penas se aplican.

Estos testimonios podrían, en cierto modo, reconducirse a alguna de las teorías de la pena que mencionamos previamente, pero resulta importante seguir a los actores, darle entidad a lo que ellos mismos dicen (23), y advertir que se autoperceben como ajenos a una postura específica. Bien porque no tenga efectos concretos, bien porque no existan fundamentos válidos, bien porque no logran justificar acabadamente la aplicación de la pena, hay una buena cantidad de operadores jurídicos que afirman no disponer de un repertorio de argumentos que los ubique en algún enfoque convencional sobre el castigo. En palabras de Bourdieu, acá parecemos encontrarnos en una situación de cierta indiferencia, en el sentido que dichos actores judiciales “lo encuentran todo igual, no están motivados ni emocionados. Lo que los estoicos llamaban la ataraxia es la indiferencia o la tranquilidad del alma, el desprendimiento” (24). De allí que este grupo de integrantes de la justicia penal estarían desinteresados frente a las teorías de la pena, en un estado de *ataraxia* punitiva que les genera indiferencia respecto de por qué el Estado necesita justificar el acto de castigar.

#### III.4. Sin lugar para la rehabilitación

Una de las cuestiones importante que surge de los testimonios de los actores judiciales es que el ideal rehabilitador tiene muy poca preponderancia en sus representaciones, lo cual, hasta cierto punto, no debería resultar sorprendente. Como lo señalamos antes, existen trabajos que sostienen desde hace décadas que el mencionado paradigma rehabilitador ha caído en desgracia (25), entendiendo por este último diferentes discursos e intervenciones *positivas* que buscan propender hacia el interior de la cárcel a una mejora en las condiciones de los individuos encarcelados. La educación, la religión, la familia, el trabajo son algunas de las variables que deberían ayudar para que las personas que egresen de las cárceles sean *preferibles* a las que ingresaron. Desde luego que la afirmación de un declive de estas ideas es una hipótesis general que exige ser puesta a prueba según los distintos Estados y sus idiosincrasias, pero tomando en cuenta las expresiones de los operadores jurídicos, es posible insinuar que la desconfianza en el correccionalismo penal existe de forma acentuada en la justicia.

A esto podemos sumar que el citado escepticismo de los actores judiciales sobre el ideal rehabilitador parece contrariar la Ley de Ejecución Penal que, aún hoy, se si-

gue reflejando en un proyecto normalizador con base en el mismo ideal rehabilitador. Al menos desde su retórica, la regulación sobre el tratamiento de quienes están —condenados— en las cárceles se apoya en una “finalidad correccional que supone asumir que el individuo que ha cometido un delito debe ser castigado con la privación de la libertad por un tiempo más o menos prolongado para que dicha duración sea empleada útilmente a los fines de su transformación en un individuo que no cometerá delitos en el futuro, es decir, en un *no-delincuente* en tanto vía para la producción del *no-delito*” (26).

Todo esto vuelve espinosa la relación entre la justificación de la pena y la legislación sobre la ejecución de la pena, evidenciando la diferencia persistente entre el derecho penal en los libros del derecho penal en los hechos.

#### IV. Las bases sociales del castigo judicial

Las razones por las cuales una sociedad castiga determinados comportamientos, junto a los métodos con los que aplica estos castigos, han sido formuladas a partir de diferentes criterios y postulados. Siguiendo a Bernard Harcourt, podemos pensar en dos grandes líneas de reflexión para analizar esta cuestión (27): una que surge con la aparición de las ciencias sociales hacia finales del siglo XIX, “Más escéptica, más crítica, los interrogantes exploraron e hicieron emerger procesos y fuerzas más profundas: si el discurso racional sobre el derecho de castigar es un mero pretexto y solo sirve para ocultar formaciones de poder, ¿qué es exactamente lo que las prácticas punitivas hacen por nosotros? ¿Cuál es la verdadera función de castigar? ¿Qué es lo que hacemos cuando castigamos? Desde Emile Durkheim a Antonio Gramsci y a la posterior Escuela de Frankfurt, Michel Foucault y las tendencias penológicas de fin de siglo, los modernos del siglo XX discutieron sobre la organización social, la producción económica, la legitimidad política, la *governance* y la construcción del sujeto, transformando las prácticas punitivas, disecionando no solo sus funciones represivas, sino ante todo su papel en la construcción del sujeto contemporáneo y de la sociedad moderna” (28).

La otra, es producto de lo que el mismo Harcourt define como un giro cultural en torno al tema, que no piensa tanto en aquello que el castigo estaría haciendo por nosotros, sino en lo que el castigo nos cuenta acerca de nosotros mismos: ¿qué nos dicen nuestras prácticas punitivas sobre *nuestros* valores culturales?, ¿cuál es el significado social de nuestras instituciones de castigo? Estas preguntas pretenden alcanzar una comprensión más cabal del papel social que tiene la punición, evitando caracterizar al campo penal como un mero instrumento de control y poder. Aquí el acercamiento a la problemática general del castigo debe ser plural y multidimensional, reuniendo las distintas posturas que han sido presentadas de manera fragmentada (29).

Por nuestra parte, nos interesa especialmente pasar del significado social al significado *judicial* del castigo, indagando en los rasgos más salientes de este último. Desde luego que sería difícil comprender el significado *judicial* sin recurrir al significado social del castigo, sin embargo, nuestra prioridad será aquello que perciben y evalúan los operadores jurídicos acerca de la penalidad. Más específicamente,

cómo —en el marco de sus funciones— los integrantes de la justicia penal transforman en *judicial* el problema social del castigo.

#### IV.1. Un problema de clase

Una de estas *traducciones* judiciales parece hacer mayor hincapié en el papel clasista de la penalidad, en el sentido de que el castigo en la comunidad tiene una relación estrecha con el mantenimiento de las desigualdades sociales, incluso más allá de las declamaciones jurídicas. En este sentido, la población penitenciaria pondría en evidencia las características socioeconómicas de la criminalidad, junto al sesgo jurídico-moral de la penalidad (30).

*Entrevista 13:* “Los hechos se castigan en nuestra sociedad porque por un lado es una manera de excluir y segregar y, por otro, porque hasta ahora no existieron en la mayoría de las sociedades actuales políticas criminales que ponga su foco en el trinomio daño-responsabilidad individual-reparación; antes que en el trinomio delito-responsabilidad jurídico penal-pena que es en dónde sí eligen y reeligen ponerlo”.

*Entrevista 1:* “Entiendo que, en los hechos, se castiga como un modo de mantener un modelo económico vigente a través del control social. Porque el castigo tiene funcionalidad con los órdenes económicos y políticos. El castigo es un mero acto de poder judicializado, si es que te referís al castigo oficial, que sostiene un orden económico determinado”.

*Entrevista 7:* “En nuestra sociedad se castiga primordialmente el delito de bagatela, todo lo que hace a la inseguridad ciudadana de primer nivel. Los Delitos de guante blanco, especialmente los de corrupción pública y privada vinculado con el uso de dineros públicos se castigan en muy baja escala. Al poder le conviene mantener entretenidos a las fuerzas de seguridad y al Ministerio Público Fiscal en delitos bagatelares que comprometen la seguridad básica”.

Desde luego que no se trata de explicaciones elaboradas meticulosamente, sea desde un punto de vista histórico o sociológico, sin embargo, más allá de las disparidades en las narrativas y giros expresivos, estas interpretaciones de los actores judiciales tienen la misma pretensión de persuasión que los abordajes eruditos, y basan esta pretensión en diferentes análisis que buscan algún tipo de legitimidad (31). Aun con matices entre sí, estos testimonios señalan que la punición, y por ende el trabajo de la justicia penal, debe pensársela como una herramienta que privilegia los intereses de aquellos sectores con mayor poder o capacidad de injerencia. Supuestos como que el castigo sirve para excluir y segregar, o que en nuestra sociedad se castiga primordialmente el delito de bagatela que hace a la inseguridad ciudadana de primer nivel, parecen provenir de tradiciones que van desde la economía política del castigo (32) hasta el delito de cuello blanco y la teoría de la asociación diferencial (33), las cuales hacen hincapié en que el castigo de los ilícitos es la consecución de determinadas formas de selectividad, y más aún, de la profundización de las asimetrías sociales. En palabras de Fassín (34), existe una perdurable desigualdad social que queda invisibilizada por el modo en el que se la interpreta en el terreno judicial, y es así como

el castigo se logra transformar en un mero acto de poder judicializado que sostiene un orden económico determinado.

#### IV.2. La vigencia de la venganza

Un segundo grupo de actores judiciales parecen considerar a la venganza como el motor del castigo en perspectiva social, tesis que tiene un largo recorrido en las investigaciones sobre el papel que ostenta la penalidad en tanto factor de cohesión social. Más allá que las manifestaciones viscerales de represalia en la persecución de quienes cometen delitos han sido reemplazadas por métodos aparentemente neutrales y eficientes, autores como Durkheim afirman que “La pena ha seguido, pues, siendo para nosotros lo que era para nuestros padres. Es todavía un acto de venganza puesto que es un acto de expiación. Lo que nosotros vengamos, lo que el criminal expía, es el ultraje hecho a la moral” (35). Por lo tanto, lo esencial del castigo está en las reacciones que genera, más que en las formas en las que se aplica.

*Entrevista 8:* “Considero que en líneas generales se castiga para transmitir un mensaje al resto de la población, antes que al castigado. El mensaje de demostración de estar siendo “duro con el delito”, se apoya en sentimientos retributivos, y en menor medida neutralizantes. Creo que los sentimientos vengativos, algo primitivos, son motivaciones para el castigo mucho más sinceras que las construidas académica y socialmente luego, más allá de que uno las comparta o no”.

*Entrevista 14:* “Nuestra sociedad castiga por deseo de venganza. En los últimos años la venganza tiene preeminencia sobre la justicia y varias políticas públicas lo exacerbaban, por ejemplo, al permitir a la víctima intervenir durante la ejecución de la pena. Cuando la víctima de un delito penal obtiene una sentencia de condena del autor de un hecho, ya tuvo la satisfacción de su interés primordial. Si el condenado se resocializa o no, y si se utilizan los instrumentos que las leyes de ejecución prevén para esa finalidad, ello ya no es incumbencia de la víctima”.

*Entrevista 17:* “La referencia hacia lo fáctico me lleva a decir con pesar que nuestra sociedad elige el castigo como forma de venganza. No considera que aquellos que delinquen tengan diversos problemas que podrían ser tratados tanto en contexto de encierro como en libertad con políticas públicas inclusivas en todos los ámbitos: educación, salud, trabajo, etc., que no solo beneficia a la sociedad sino a la persona”.

Sin dudas que la definición de venganza no parece ser la misma en estos testimonios, pero lo interesante es que, de alguna u otra manera, los actores judiciales que agrupamos aquí necesitan nombrarla para caracterizar el problema, sea como forma de transmitir un mensaje al resto de la población, sea como una forma de ofrecerle mayor protagonismo a la víctima, sea como forma de considerar a quienes delinquen sujetos que no merecen políticas públicas inclusivas. El punto fundamental es que se trata de planteos que parecen sugerir, tal como lo ha sostenido Durkheim hace más de un siglo, que lo que se ha ido modificando es el modo en que comprendemos al castigo, no lo que el castigo realmente es “La naturaleza

#### { NOTAS }

(23) BOLTANSKI, L., “El amor y la justicia como competencias”, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2000; Boltanski, L. - Thévenot, L., “The Sociology of Critical Capacity”, *European Journal of Social Theory*, London, 1999.

(24) BOURDIEU, P., “Razones prácticas”, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997, p. 142.

(25) ALLEN, F., “The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose”, Yale University Press, New Haven and London, 1981.

(26) SOZZO, M., “Populismo punitivo, proyecto nor-

malizador y ‘prisión depósito’ en Argentina”, en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 534.

(27) En rigor, Harcourt alude a tres líneas de interrogantes que los modernos formularon sobre el castigo. Nosotros tomamos de su planteo original la segunda y la tercera. La primera es aquella que surge con la Ilustración, la cual procuró identificar y definir una base racional para el castigo.

(28) HARCOURT, B., “Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las

virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI)”, *Derecho Penal y Criminología*, 31, 90 [1], p. III.

(29) GARLAND, D., “Castigo y sociedad moderna”, Ed. Siglo XXI, México, 2006.

(30) FASSIN, D., “Punir. Une passion contemporaine”, Ed. Seuil, París, 2017.

(31) BOLTANSKI, L., “El amor y la justicia como competencias”, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2000.

(32) RUSCHE, G. - KIRCHHEIMER, O., “Pena y es-

tructura social”, Ed. Temis, Bogotá, 1984.

(33) SUTHERLAND, E., “El delito de cuello blanco”, Ed. La Piqueta, Madrid, 1999.

(34) FASSIN, D., “Punir. Une passion contemporaine”, Ed. Seuil, París, 2017, p. 191.

(35) DURKHEIM, E., “La división del trabajo social”, Ed. Libertador, Buenos Aires, 2004, p. 70.

de una práctica no cambia necesariamente porque las intenciones conscientes de aquellos que la aplican se modifiquen [...]. Como prueba del papel que continúa desempeñando la venganza en el castigo en la época moderna menciona [Durkheim] nuestra continua preocupación por la retribución, de manera que el castigo quede a la altura del delito, así como por el 'lenguaje de los tribunales', que sigue manifestando una fuerte preocupación por la denuncia del público" (36).

Como consecuencia, para este enfoque las transformaciones que las instituciones penales han experimentado en los últimos siglos —más cercanas a fines utilitarios, racionales y no emotivos— deben relativizarse puesto que la venganza sigue siendo el eje central del castigo. En definitiva, hay integrantes de la justicia penal que parecen adherir a la idea de que el germen inicial del castigo hay que buscarlo, no tanto en las técnicas con las que se lo aplica, sino en el sentimiento de tipo vengativo que anima.

### IV.3. Los umbrales de tolerancia

Hasta aquí, las dos perspectivas que ofrecimos de los actores judiciales podrían ser ubicadas en el primer conjunto de interrogantes sugeridos por Harcourt (37), el cual admitiría resumirse en la pregunta: ¿cómo han contribuido nuestras prácticas respecto del castigo para dar forma a nuestras creencias acerca del mismo? La segunda serie de interrogantes que señala BH es la que problematiza sobre lo que el castigo “nos dice sobre nosotros mismos: ¿Qué nos dicen nuestras prácticas punitivas sobre nuestros valores culturales? ¿Cuál es el significado social de nuestras instituciones de castigo?” Sin querer forzar los testimonios de los actores judiciales para que se ajusten a los enfoques teóricos escogidos (38), sí podemos señalar que hay otros integrantes de la justicia penal que aluden a distintos elementos que, en términos amplios, podríamos incluir en una mirada cultural del castigo. Esta última sostiene que “algunos valores y compromisos entran en el proceso penal y se incorporan a él y, de manera más amplia, influyen las mentalidades y sensibilidades culturales en las instituciones penales” (39). De allí que la cultura esté directamente vinculada a los estilos de vida comunes y a las prácticas sociales situadas, configurando determinados estándares respecto del castigo.

*Entrevista 5:* “Me parece importante resaltar el aspecto cultural del castigo. Podemos mencionar los aspectos sobre control social, cómo impacta sobre diferentes grupos de personas y determinados espacios, pero creo que siempre es importante tener presente el aspecto cultural del castigo, que puede explicar algunas mutaciones en períodos cortos de tiempo”.

*Entrevista 18:* “Creo que hay una fuerte presencia de la prohibición y la necesidad de castigo. Tenemos la idea de castigo bajo la piel. No sé si por cuestiones religiosas, históricas, o las que fuere, pero el castigo es parte de nuestra forma de entender cómo nos relacionamos. Hay otras sociedades en las que son muy fuertes las ideas de comunidad, diálogo, perdón, y por lo tanto aparecen otras formas de resolver los conflictos”.

*Entrevista 2:* “Porque estamos atravesados por la violencia. Porque estamos acostumbrados a resolver los conflictos de manera violenta. Porque pensamos que el castigo estatal en prisiones existió desde siempre. Porque, en definitiva, pensamos que es necesario, y no hacemos esfuerzos por pensar alternativas menos violentas y constructivas para solu-

cionar conflictos. Aun los más graves. Lo hacemos desde pequeños, en la familia, en los colegios, etcétera. Supongo que se debe a la confianza que arrastramos culturalmente en la pena como elemento de control social, como herramienta concreta para sostener una vida social pacífica”.

Siguiendo estos testimonios, podríamos insinuar que para un sector de personas que trabajan en la justicia penal, la “cultura” tiene claros puntos de contacto con el fenómeno penal: tanto los modos de conocimiento como los factores de la emoción o la sensibilidad, deben ser tenidos en cuenta para una comprensión acabada de lo que significa el castigo. El argumento de que tenemos la *idea de castigo bajo la piel sea por cuestiones religiosas, históricas, y que nos permite entender cómo nos relacionamos*, permite interpretar que las intensidades de la pena, junto a los medios y las formas con las que se aplica, están influidos por la utilidad, pero también por variables afectivas. O lo que es lo mismo, que las razones que vuelve aceptable una medida de castigo están definidas, en gran medida, por una serie de pautas culturales. Es a partir de esta concepción que el castigo deviene necesario, y *no hacemos esfuerzos por pensar alternativas menos violentas y constructivas para solucionar conflictos*. La cultura, por lo tanto, es aquello que consolida los esquemas a partir de los cuales las sanciones penales deben respetar ciertos umbrales de tolerancia, fuera de los cuales se convierten en inaceptables.

### IV.4. Los significados judiciales del castigo

Sin dudas que estos tres itinerarios no agotan las percepciones de los integrantes de la justicia penal sobre las causas sociales del castigo, pero sí ayudan a delimitar los grandes pilares a partir de los cuales construyen dichas percepciones.

¿Por qué consideramos importante tener algún tipo de acercamiento a lo que piensan los actores judiciales respecto de las causas sociales del castigo? Porque junto al pasado que han incorporado como integrantes de la justicia penal, y aquello que les exige el contexto presente (40), puede ayudarnos a entender por qué deciden lo que deciden. Las expectativas que ellos mismos creen que tiene la sociedad sobre su trabajo, puede incidir en los criterios a partir de los cuales terminen resolviendo causas. Desde luego que las decisiones de los integrantes de la justicia no se derivan exclusivamente de sus posturas sobre las razones sociales del castigo, pero sí permiten analizarlas con mejor información. O lo que es lo mismo, contribuyen a pensar mejor cómo es que opera la traducción de las mencionadas razones sociales a los significados *judiciales* del castigo.

### V. Conclusión

Con este trabajo procuramos avanzar en lo que podría definirse como el significado *judicial* del castigo en la República Argentina, y lo hicimos, en primer lugar, presentando dos imágenes acerca del castigo, o, más estrictamente, acerca de a quienes estamos castigando. Dejamos en claro que no son imágenes que rivalicen entre sí, dado que no tienen los mismos presupuestos, ni tampoco objetivos análogos. Castigar al prójimo buscaría contestar preguntas como: ¿a quién y de qué forma pretendemos castigar? ¿qué nos dice el castigo sobre nosotros en tanto comunidad? En cambio, castigar al enemigo se apoya en otros interrogantes: ¿a quién estamos castigando realmente? ¿Cuál es la verdadera función del castigo en un orden social como el nuestro? En definitiva, castigar al prójimo

supone darle una orientación normativa y comunicativa al control social, y fortalecer los beneficios de un estilo “parsimonioso” de utilizarlo. Castigar al enemigo se orienta, en lo fundamental, a describir y explicar la puesta en práctica de ese mismo control social junto a las consecuencias adversas de aplicarlo como se aplica.

Al ingresar al ámbito judicial, no fue fácil advertir debates acerca de si se castiga al prójimo o al enemigo. En concreto, el castigo se llama pena, y de manera ideal, el *derecho* de penar debería servir como *límite* al ejercicio inapropiado del castigo. Y es aquí donde cobran relevancia las teorías de la pena, las cuales agrupan una serie de justificaciones acerca de por qué es válido ocasionar dolor premeditadamente por parte del Estado.

Según los mismos actores judiciales, una de las posturas que genera más adhesión es la de las teorías mixtas o de la unión, las cuales justifican la pena procurando armonizar los propósitos que refieren las distintas teorías vigentes, para rescatar las ventajas que cada una de las mismas pueda brindar. O, dicho con otras palabras, para las teorías mixtas la pena será legítima en la medida que sea a la vez justa y útil. En definitiva, se trata de actores judiciales que, al menos en cierto aspecto, consideran que el castigo estatal tiene elementos positivos, sea para la comunidad, sea para la víctima, sea para la persona condenada.

Un segundo grupo de operadores jurídicos, parten de una mirada negativa o agnóstica en torno a la pena: esta última considera que tanto las teorías retributivas como las utilitaristas —las teorías positivas, en concreto— resultan falsas porque son expresadas ignorando los datos de la vida real. Como consecuencia, dado que según esta postura no se está en condiciones de conocer verdaderamente para qué sirve el castigo del Estado, lo que hay que ofrecer es una mirada cautelosa y agnóstica acerca del tema.

Por último, están quienes se consideran ajenos a una postura específica sobre la pena. Ya sea porque no tenga efectos concretos, ya sea porque no existan fundamentos válidos, ya sea porque no logran justificar acabadamente su aplicación, hay un tercer grupo de operadores jurídicos que aseveran no contar con un repertorio de argumentos que los coloque en algún enfoque tradicional sobre el castigo. A raíz de esto, dichos integrantes de la justicia penal se muestran desinteresados frente a las teorías de la pena, en una situación de *ataraxia punitiva* que les ocasiona indiferencia respecto de por qué el Estado necesita legitimar el acto de castigar.

También dijimos que una de las cuestiones significativas que surge de los testimonios de los actores judiciales es que el ideal rehabilitador tiene escasa preponderancia en sus representaciones. Si bien no podemos calificar de llamativa esta situación, dado que el enfoque correccional hace tiempo que está en declive, resulta importante porque, entre otras cosas, evidencia la intrincada relación que surge entre la justificación de la pena y la legislación sobre la ejecución de la pena la cual, aun hoy, se sigue apoyando en un proyecto normalizador asociado al ideal rehabilitador.

Luego señalamos la importancia de conocer qué piensan los actores judiciales acerca de por qué castiga concretamente la sociedad, es decir, cómo —en el marco de sus funciones— los integrantes de la justicia penal transforman

en *judicial* el problema social del castigo. Una de estas *traducciones* judiciales hace referencia al papel clasista de la penalidad, es decir, que el castigo en la comunidad tiene una relación directa con el mantenimiento de las asimetrías sociales, inclusive más allá de los discursos jurídicos. Esto supone que hay una persistente desigualdad social que se invisibiliza en el terreno judicial, y es así como el castigo se transforma en *un mero acto de poder judicializado que sostiene un orden económico determinado*.

Otro grupo de actores judiciales consideran a la venganza como el factor decisivo para entender el papel social del castigo, postura que tiene una larga tradición en las investigaciones sobre la función que cumple la penalidad como factor de cohesión social. De allí que existen integrantes de la justicia penal que adhieren a la hipótesis según la cual el germen inicial del castigo hay que rastrearlo, no tanto en las técnicas con las que se lo aplica, sino en el sentimiento de tipo vengativo que provoca.

El tercer criterio propuesto por los integrantes de la justicia penal es el que, de manera general, podríamos asociar a una mirada cultural del castigo. Aquí se considera que ciertos valores y convicciones son relevantes en el proceso penal, incorporándose en él, a partir de las mentalidades y sensibilidades sedimentadas en las instituciones penales. En otros términos, es la cultura la que configura los esquemas a partir de los cuales las sanciones penales deben ajustarse a ciertos niveles de tolerancia, más allá de los cuales se vuelven inadmisibles.

Para finalizar, ¿cuál es la relevancia de conocer lo que piensan los actores judiciales, tanto sobre las teorías de la pena como acerca de las causas sociales del castigo? Porque permite analizar con más herramientas las decisiones que toman: tanto las convicciones sobre las justificaciones de la pena como las expectativas sobre las causas concretas por las que se castiga en la sociedad incidan en los parámetros a partir de los cuales los actores judiciales terminan resolviendo causas penales específicas. En definitiva, todo esto nos ayuda a pensar más claramente cómo es que opera la traducción de las mencionadas razones teóricas y sociales sobre el castigo a sus significados judiciales.

### V. Bibliografía

ALLEN, F., “The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose”, Yale University Press, New Haven and London, 1981.

BOLTANSKI, L., “El amor y la justicia como competencias”, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2000.

BOLTANSKI, L. — THÉVENOT, L., “The Sociology of Critical Capacity”, *European Journal of Social Theory*, London, 1999.

BOURDIEU, P., “Razones prácticas”, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997.

CHRISTIE, N., “Suitable enemies”, en BIANCHI, H., *Abolition*, Free University Press, Amsterdam, 1980.

CHRISTIE, N., “La industria del control del delito”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

CHRISTIE, N., “Los límites del dolor”, Ed. FCE, Buenos Aires, 2001

CHRISTIE, N., “Una sensata cantidad de delitos”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

### { NOTAS }

(36) GARLAND, D., “Castigo y sociedad moderna”, Ed. Siglo XXI, México, 2006, ps. 48-9.

(37) HARCOURT, B., “Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de

las virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI)”, *Derecho Penal y Criminología*, 31, 90 [1].

(38) LATOUR, B., “Reensamblar lo social”, Ed. Manan-

tial, Buenos Aires, 2008.

(39) GARLAND, D., “Castigo y sociedad moderna”, Ed. Siglo XXI, México, 2006, p. 227.

(40) LAHIRE, B., “Mundo plural: ¿por qué los indivi-

duos hacen lo que hacen?”, *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales*, 7 [2].

DUFF, A., "Punishment, Communication and Community", Oxford University Press, Oxford, 1996.

DURKHEIM, E., "La división del trabajo social", Ed. Libertador, Buenos Aires, 2004.

FASSIN, D., "Punir. Une passion contemporaine", Ed. Seuil, París, 2017.

GARGARELLA, R., "El reproche en una sociedad de iguales" en *Sociología de la justicia penal*, Ediar, Buenos Aires, 2017.

GARLAND, D., "The culture of control", Oxford University Press, Oxford, 2001.

GARLAND, D., "Castigo y sociedad moderna", Ed. Siglo XXI, México, 2006.

GAUNA ALSINA, F., "Detrás del castigo. Primeras aproximaciones a la relación de la

justicia penal con la prisión", *Derecho y Ciencias Sociales*, 1[17], 44-69, 2017.

HARCOURT, B., "Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI)", *Derecho Penal y Criminología*, 31, 90 [1], 17-54.

JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, G. — CANCIO MEUÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, ps. 19-56.

KOSTENWEIN, E., "Temblores criminológicos", Ed. astrea, buenos aires, 2019.

LAHIRE, B., "Mundo plural: ¿por qué los individuos hacen lo que hacen?", *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales*, 7 [2].

LATOURET, B., "Reensamblar lo social", Ed. Manantial, Buenos Aires, 2008.

MEAD, H., "La psicología de la justicia punitiva", *Revista Delito y sociedad*, 9-10, Año 10, 1997.

MEINI, I., "La pena: función y presupuestos", *Derecho PUCP*, 71, 2013, 141-167.

PAVARINI, M., "Castigar al enemigo", FLACSO, Quito, 2009.

ROXIN, C. — RUSCHE, G. — KIRCHHEIMER, O., "Pena y estructura social", Ed. Temis, Bogotá, 1984.

SANCINETTI, M., "Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo", Conferencia dictada en el marco del II Simposio Internacional de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, Asunción, 2015.

SOZZO, M., "Populismo punitivo, proyecto normalizador y 'prisión depósito' en Argentina", en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

SUTHERLAND, E., "El delito de cuello blanco", Ed. La Piqueta, Madrid, 1999.

WACQUANT, L., "Las cárceles de la miseria", Ed. Manantial, Buenos Aires, 2004.

WACQUANT, L., "Castigar a los pobres", Ed. Gedisa, Barcelona, 2010.

ZAFFARONI, R., "Derecho Penal. Parte general", Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI, R., "El enemigo del derecho penal", Ediar, Buenos Aires, 2006.

Cita on line: AR/DOC/2310/2020

# Genealogía de la confesión en el Sistema Penal según Michel Foucault

Alejandro Piagentini (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Advertencias sobre el método genealógico.— III. El modelo de enjuiciamiento en la Antigüedad: acusatorio como juego de roles.— IV. El modelo de enjuiciamiento Medieval: indagación y tortura.— V. Estado Moderno: confesión y contrato punitivo.— VI. Los crímenes sin razón, la psiquiatría y la constitución del "sujeto criminal".— VII. Palabras finales.— VIII. Bibliografía.

## I. Introducción

En los últimos tiempos asistimos a una necesaria y siempre demorada reforma de la norma procesal. El sistema inquisitivo mixto que propuso la ley 23.984, fue modificado gracias a la sanción de la ley 27.063 y su modificatoria 27.482, instaurando el nuevo Código de Procedimiento Penal cuya paulatina implementación se viene dando satisfactoriamente en distintas jurisdicciones del país.

Esta renovación legislativa vino a poner al día al procedimiento federal, ajustándolo a principios y garantías estatuidas constitucionalmente, acercándonos a lo que Ferrajoli denominó *epistemología garantista* (1) en la búsqueda de la verdad histórica que caracteriza al procedimiento penal. Con tal norte, erige la separación de las funciones investigativas del juez de instrucción, y su pasaje al Ministerio Público Fiscal como único titular de la acción pública; la regulación de criterios de oportunidad, la fijación de plazos estrictos para la realización de la investigación preparatoria, la oralidad instrumentada mediante audiencias públicas para la resolución de casi toda cuestión interlocutoria, entre otros aspectos centrales.

Ahora bien, si tal y como lo entiende el maestro Maier (2), las modificaciones en los sistemas penales son la expresión de modificaciones culturales; resulta hoy pertinente

analizar los procesos culturales que han constituido a los presupuestos teóricos de nuestros modelos de enjuiciamiento.

Ante este panorama, se analizarán en este artículo los aspectos más destacados de una conferencia que Michel Foucault dió en la Universidad Católica de Lovania en 1981 (3), en la que el pensador analizó el rol de la confesión en los distintos modelos de enjuiciamiento y sus basamentos teóricos.

Así, acaso de la inagotable fuente de estudios que ha sido y sigue siendo la obra del pensador francés, podrán extraerse variables para renovar la reflexión sobre nuestra tecnología normativa, observando al Sistema Penal desde una mirada a la que no estamos habituados en nuestra literatura jurídica.

A tal fin, se realizarán algunas advertencias preliminares sobre las limitaciones en el abordaje y la perspectiva genealógica que impregnará la labor, para luego, siguiendo el orden dado por el propio Foucault en su exposición, adentrarnos en los aspectos más relevantes para nuestra materia.

En tal sentido, se expondrá lo dicho en relación con el modo de enjuiciamiento en la Antigüedad, para luego pasar a su análisis del sistema Medieval, proseguir caracterizando al Sistema Penal Moderno y lo que indicará como la constitución del "sujeto criminal".

Por último, se esbozarán palabras finales al respecto.

## II. Advertencias sobre el método genealógico

Aunque a esta altura quizá carezca de sentido presentar a Michel Foucault, sí vale señalar que sigue siendo un autor incansablemente citado en múltiples disciplinas, en virtud de que su pensamiento transversal ha recorrido un camino magistral a través de los campos de estudio de casi todas las ciencias humanas, sin detenerse en los límites (4), sino más bien incorporándolos como aspectos enriquecedores de sus propuestas, y dejando sembrados frutos de altísima riqueza y valor de análisis en todos ellos.

Si bien ello también ha prestado su obra a lecturas fragmentarias (en los peores casos superficiales y tendenciosas) las notas que aquí se realizarán, intentarán ser lo más literales posibles, tratando de no hablar desde nuestra disciplina (Derecho Penal o Procesal Penal) sobre Foucault, sino esforzándonos para que el procedimiento se dé a la inversa, poniendo el acento en la mirada que Foucault arrojó sobre nuestra disciplina.

En esa dirección, resultará útil recordar que la curiosidad de Foucault por el Derecho puede también verse justificada en cómo observó que el poder quedaba exhibido en las formas jurídicas, y en cómo sus prácticas instauran

verdad, conformando los elementos que constituían al sujeto de un saber posible.

En este sentido, vale recordar aquella conocida obra en la que el profesor de Vincennes nos presentaba algunos esbozos históricos de prácticas judiciales "[q]ue dieron nacimiento a los modelos de verdad que todavía están vigentes en nuestra sociedad, que aún se imponen a ella y valen no solo en el dominio de la política, en el dominio del comportamiento cotidiano, sino también en el orden de la ciencia. Aun en la ciencia encontramos modelos de verdad cuya formación es el producto de las estructuras políticas que no se imponen desde el exterior al sujeto de conocimiento, sino que son, ellas mismas, constitutivas de este" (5).

En otro pasaje de su obra, aportará su visión compleja de nuestra materia, diciéndonos que "[e]l derecho no es ni la verdad, ni la justificación del poder. Es un instrumento a la vez parcial y complejo. La forma de la ley y los efectos de prohibición que ella conlleva deben ser situados entre otros muchos mecanismos no jurídicos. Así el sistema penal no debe ser analizado pura y simplemente como un aparato de prohibición y de represión de una clase sobre otra, ni tampoco como una justificación que encubre las violencias sin ley de la clase dominante; permite una gestión política y económica a través de la diferencia entre legalidad e ilegalismo" (6).

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla (España). Email: alejandropiagentini@gmail.com

(1) FERRAJOLI, L., "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Madrid, 2009, ps. 33-70.

(2) "El derecho es, como materia de estudio, un objeto cultural. Lo crea el hombre a medida que establece formas de convivencia (de organización política) comunitarias y, por ello, el contenido (político) de sus reglas es contingente, como lo son también las formas de organización social que se suceden en busca de una convivencia pacífica más perfecta, y los cambios sociales producidos a medida que las condiciones demográficas y de ejer-

cicio del poder en una comunidad sufren transformaciones; también el mayor conocimiento empírico sobre las relaciones humanas, de lo cual se ocupan varias ciencias en la actualidad, influye en los cambios de contenido del orden jurídico" en MAIER, J. B. J., "Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 259.

(3) FOUCAULT, M., "Obrar mal, decir la verdad", trad.

Pons, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

(4) DELEUZE, G., "Foucault", trad. Vázquez Pérez, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2008, ps. 49 y ss.

(5) FOUCAULT, M., "La verdad y las formas jurídicas", trad. Lynch, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003, p. 33.

(6) FOUCAULT, M., "Microfísica del Poder", trad. Varela y Álvarez-Uría, Ed. La Piqueta, Madrid, 1992, p. 173.



Esta compleja visión será acompañada por un método que Foucault dice tomar de Nietzsche, el cual será crucial comprender para vislumbrar la traza de los senderos que realiza en sus distintos análisis: la genealogía.

“[H]acer genealogía de los valores, de la moral, del ascetismo, del conocimiento no será por tanto partir de la búsqueda de su ‘origen’, minusvalorando como inaccesibles todos los episodios de la historia; será por el contrario ocuparse de las meticulosidades y de los azares de los comienzos; prestar una escrupulosa atención a su irrisoria malevolencia; presentarse a verlos surgir quitadas las máscaras, como el rostro del otro; no tener pudor para ir a buscarlos allí donde están (‘revolviendo los bajos fondos’); dejarles el tiempo para remontar el laberinto en el que ninguna verdad nunca jamás las ha mantenido bajo su protección. El genealogista necesita la historia para conjurar la quimera del origen un poco como el buen filósofo tiene necesidad del médico para conjurar la sombra del alma (...) La historia, con sus agitaciones febriles y sus síncope, es el cuerpo mismo del devenir. Hay que ser metafísico para buscarle un alma en la lejana idealidad del origen” (7).

En la visión de Foucault, el devenir de la humanidad es una serie de interpretaciones, y la genealogía su historia: historia de las morales, de los ideales, de los conceptos metafísicos, del concepto de hombre, de la vida religiosa, de la ciencia, de las prácticas medicinales, de los modelos de enjuiciamiento (entre muchos otros), como emergencia de diferentes interpretaciones. La genealogía trata de hacerlos aparecer como sucesos en el teatro de los procedimientos.

Finalmente, ya en el texto que será objeto de las notas del presente trabajo, Foucault nos indicará los verdaderos riesgos de su perspectiva, puesto que hacer Genealogía “[n]o se trata ya de juzgar nuestro pasado en nombre de una verdad que únicamente poseería nuestro presente; se trata de arriesgar la destrucción del sujeto de conocimiento en la voluntad, indefinidamente desarrollada, del saber” (8).

### III. El modelo de enjuiciamiento en la Antigüedad: acusatorio como juego de roles

En la cuna de Occidente (la Grecia antigua) se produjo una especie de gran revolución acompañada de una serie de luchas y cuestionamientos políticos que tuvieron como resultado la elaboración de un determinado modelo de enjuiciamiento, en el que el modo en que se llevaba a cabo el descubrimiento de la verdad, como matriz del procedimiento, fue el punto de partida para una serie de saberes (filosóficos, retóricos y empíricos) que se desarrollaron y que caracterizaron el pensamiento griego (9), sentando las bases de su porvenir.

En esa matriz, tuvo lugar lo que hoy conocemos como *procedimiento acusatorio*, en el cual la prueba, entendida como un desafío, era el medio característico. Una propuesta del acusador a la persona a quien acusaba, o bien una prueba establecida por un tercero (juez) en la cual quedaba trabada una contraposición de características dialécticas.

Eran las conocidas como prueba del agua, del fuego, o el duelo judicial. Instancias de en-

frentamiento en las que el juego y la violencia quedaban entrelazadas indisolublemente, en un proceso que no desembocaba en el descubrimiento de una verdad absoluta y definitiva; sino que (en la lógica propia del juego) establecía quién debía considerarse ganador de la contienda entre adversarios.

El ritual mediante el que se definía la disputa era entonces un juego entre privados. Para saber quién estaba equivocado y quién no; para definir si se había vulnerado el derecho del otro, se recurría a una disputa reglamentada, un desafío entre guerreros; y el resultado no era una sentencia, ni una verdad. No era la razón la que indicaba a quién debía reconocerse un derecho, sino la fuerza y la destreza en el juego del vencedor la que indicaba quién tenía la razón (10).

Así, nos dirá Foucault que la acción penal se caracterizaba siempre por ser una especie de duelo u oposición entre individuos, familias o grupos. No había intervención alguna de un representante de la autoridad, sino que se trataba de una reclamación de un individuo a otro que se desarrollaba con la sola intervención de dos personajes: el que acusa y el que se defiende.

Según nuestro autor, emergen de este modo belicista las primeras formas del Derecho, como regulación del enfrentamiento entre particulares. Un protocolo ritualizado de la solución de conflictos en forma privada dentro de una comunidad, “[u]na forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza (...) una manera reglamentada de hacer la guerra (...) la forma ritual de la guerra” (11).

Consecuentemente, lo que se conocía como prueba judicial en aquel entonces era un ritual en el que los enfrentamientos privados se transponían simbólicamente. Ciertamente, una manera de darle formas derivadas y teatrales de tal modo que el más fuerte sería designado, por ese motivo, como quien tenía razón.

Este carácter inicial de la prueba como operador de derecho, la convierte en una suerte de permutador de la fuerza por el derecho, un *shifter* (en palabras del autor) que transforma la violencia, el esfuerzo físico, en derecho (12).

Foucault remarcará que aquella prueba no tenía una función “apofónica”, vale decir, que no designaba, manifestaba ni hacía aparecer la verdad. De allí que, desde su génesis, esta no sea el objetivo en el modelo acusatorio, como posteriormente será con la impronta eclesiástica y el advenimiento del sistema inquisitivo.

Pero entre las pruebas que venimos esquemmatizando, indica el pensador, hubo una (presente en el antiguo Derecho Germano) que comenzaría a sentar las pautas del lugar que posteriormente ocuparía la palabra en los procedimientos penales: la prueba verbal.

La *performance* que tenía lugar en la denominada prueba verbal ocurría en procedimientos en los que el acusado enfrentaba una imputación por un hecho (generalmente robo u homicidio), y debía “defenderse” respondiendo a esta acusación con un cierto número de fórmulas verbales, cuya correcta eje-

cución garantizaba que no había cometido el delito. Si el individuo fracasaba al pronunciar las fórmulas, porque no las había pronunciado correctamente, perdía y era considerado culpable. Un error de gramática, una modificación en las palabras invalidaba la fórmula y no la verdad de lo que se pretendía probar. “[E]s evidente que al nivel de la prueba solo se trataba de un juego verbal porque en el caso de un menor, una mujer o un padre, el acusado podía ser sustituido por otra persona. Esta otra persona que, tiempo después en la historia del derecho se convertiría en el abogado, era quien debía pronunciar las fórmulas en lugar del acusado. Si se equivocaba al pronunciarlas, aquel a quien reemplazaba perdía el proceso” (13).

Si bien estos “juegos” no estaban dirigidos al sentido o contenido de lo que se decía, y mucho menos a si se trataba de un discurso verdadero, fue a través de estas fórmulas que se comenzó a posicionar a la palabra hablada del acusado (precedente directo de la confesión) en el centro de la escena del ritual judicial, y, como señala Foucault, emergió en escena el personaje del representante verbal del acusado: el abogado o asistente técnico del imputado.

Esas son las líneas generales de la caracterización dada por el profesor de Vincennes respecto del primer modelo de enjuiciamiento de la historia, que se verá modificada por la reconfiguración de variables de índole política, social, y cultural en el pasaje al modelo inquisitivo.

### IV. El modelo de enjuiciamiento Medieval: indagación y tortura

Junto con las profundas modificaciones rastreadas por Foucault en el pasaje del antiguo sistema acusatorio al sistema inquisitorial, lo que se pone en juego es una nueva manera de ver el mundo, el modo de saber. En el pasaje de la antigüedad al Medioevo, surge un ámbito de acción determinado por dispositivos de saber que dan lugar a novedosos campos estratégicos de poder, en los que el sujeto se ve por entero redefinido.

A través de complejos movimientos en esferas de saberes y poderes, el mundo (objeto) y el sujeto cognoscente se modifican en un proceso simultáneo. Ello produce una estructura subjetiva (sujeto) cuya aprehensión material resulta del todo diversa a la anterior. De allí la incommensurabilidad de una y otra epistemología (14).

De esas profundas modificaciones, el derecho guarda un registro clave en el que se esconden los fundamentos cognoscitivos y epistémicos que fundan este nuevo punto de vista histórico (la constitución del sujeto medieval). La injerencia de variables económicas, sociales, políticas y (sobre todo) religiosas, posicionarán en un lugar central y en el objetivo último a la averiguación de la verdad, gracias a la mediación divina. Fin al que se arribará mediante la indagación (15).

El autor nos indica que, a diferencia del modelo acusatorio de antaño, los individuos no tendrán el derecho de resolver, regular o irregularmente, sus litigios; sino que deberán someterse a un poder exterior a ellos que se

les impone (confundido como poder judicial y político) erigido en la figura del Soberano.

En este contexto, sobre todo a partir del siglo XII, en el Soberano se confunden por vez primera las funciones ejecutivas, investigativas o de prosecución, con las jurisdiccionales.

El soberano, dirá Foucault, “[a]fianza su poder por encima del poder feudal o en los intersticios del poder feudal, (...) en cuanto juez, en cuanto árbitro, en cuanto se recurre a él para zanjar litigios o en cuanto él mismo inicia causas que quiere resolver. Y el rey toma sus decisiones y las hace en la forma jurisdiccional. (...) a medida que el poder político y el poder jurisdiccional se imbrican de ese modo, resulta evidente que las formas de los procedimientos jurídicos se modifican. (...) cuando interviene el soberano, a pedido de un litigante o bien por intermedio de uno de sus procuradores, el problema ya no puede plantearse en los mismos términos que en esa forma de zanjar un litigio (...) [E]l problema, cuando la resolución esté a cargo del soberano, consistirá en establecer la verdad y decidir una sanción en función de los hechos establecidos” (16) (17).

Fue en este marco en el que aparecieron por vez primera instituciones representantes del poder del Monarca, como la figura del Procurador, quien investía al poder lesionado por el crimen, doblando y sustituyendo a la víctima, expropiando el conflicto en manos del Soberano.

Paralelamente, entre los acontecimientos que encuadran dentro de un marco general que podríamos denominar como la “juridización de las instituciones eclesiásticas”, surge la noción de “infracción”, junto con un gran mecanismo de multas y confiscaciones. Ello no como un ataque al individuo sino a la ley misma del Estado, ya que es este el que exigirá la reparación como parte lesionada (18), y nos los particulares, como vimos en el modelo antiguo.

Pero el acontecimiento que resulta más relevante para el análisis que Foucault propone es, sin duda, la aparición de la indagación.

Nos dirá que esta “[e]s un fenómeno político complejo y (...) deriva de un cierto tipo de relaciones de poder, de una manera de ejercer el poder. Se introduce en el derecho a partir de la Iglesia y está, en consecuencia, impregnada de categorías religiosas. (...) a partir del momento en que la indagación se introduce en la práctica judicial trae consigo la importante noción de infracción. Cuando un individuo causa daño a otro hay siempre, *a fortiori*, daño a la soberanía, a la ley, al poder (y debido a ello) el daño será tratado como una falta moral, casi religiosa” (19).

Así, a finales del siglo XII, emerge esta curiosa conjunción entre la infracción de la ley y la falta religiosa. Comienzan a confundirse las nociones de lesión al soberano y pecado, y así las encontraremos, profundamente unidas, en el derecho clásico e incluso en algunos giros gramaticales aún empleados hoy en día (20).

Lo que llama la atención de Foucault, es que la indagación resulta una novedosa y compleja forma de saber, situada en la unión de un tipo de potestad y ciertos contenidos de cono-

### { NOTAS }

(7) *Ibidem*, p. 10.

(8) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 29.

(9) FOUCAULT, M., “La verdad...”, ob. cit., p. 67.

(10) Esta perspectiva, vinculada al origen dialéctico de la filosofía y su relación con la verdad, puede apreciarse también magistralmente expuesta en COLLI, G., “El nacimiento de la filosofía”, trad. Manzano, Ed. Tusquets, Buenos Aires, 2010, ps. 89-97.

(11) *Ibidem*, p. 69.

(12) En este sentido es dable señalar la relación de esta concepción foucaultiana y las tesis de Walter Benjamín en la que distingue la violencia constitutiva de la violencia

conservadora, identificando al derecho como este segundo orden “permutado” que mantiene el *statu quo* de determinadas relaciones de fuerza/violencia. Véase BENJAMIN, W., “Para una crítica de la violencia”, en *Estética y Política*, trad. Bertoletti y Fava, Ed. Las Cuarenta, Buenos Aires, 2009.

(13) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 72.

(14) En otras palabras: “delito”, “juicio”, “verdad”, “Dios” no son para un legislador de Atenas en el siglo V a. C., lo que para un Abad del siglo XIII d. C., ni para un abogado en el siglo XXI d. C. No son lo mismo entre sí y habitan mundos diferentes. De allí que la trasposición

de las escalas valorativas carezca de sentido.

(15) FOUCAULT, M., “La verdad...”, ob. cit., p. 75.

(16) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., ps. 220-1.

(17) Puede apreciarse en estos pasajes los primeros vestigios históricos de lo que aún hoy son los Jueces con funciones de instrucción.

(18) A partir de este dato puede trazarse una línea que derive en el análisis genealógico de la constitución de la legislación penal como una vía para “tutelar” bienes jurídicos reconocidos por la autoridad (al respecto, la crítica desarrollada a nivel local en ZAFFARONI, R. E. - ALAGIA, A. - SLOKAR, A., “Tratado de Derecho Penal. Parte

General”, Ediar, Buenos Aires, 2002) junto a la idea de acción pública como confiscación de conflicto en manos de la autoridad estatal.

(19) FOUCAULT, M., “La verdad...”, ob. cit., ps. 87-8.

(20) Para ello, basta recordar que aún hoy se utiliza el término “indagatoria” para referirse a la audiencia de formalización de la imputación en el marco de la ley 23.984 del fuero Criminal y Correccional con competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y “absolución” cuando un Tribunal considera que el acusado no es culpable del delito que se le acusa.

cimiento, que es al mismo tiempo una modalidad de ejercicio del poder y una modalidad de adquisición y transmisión del saber, y por tanto exhibirá la verdadera conjunción entre procesos económico-políticos y conflictos de saber operantes. Este complejo dispositivo funcionará como una suerte de capacitor que a la postre convertirá esas relaciones conflictivas de saber-poder en una verdad universalmente válida.

En sus palabras: “[L]a indagación es precisamente una forma política, de gestión, de ejercicio del poder que, por medio de la institución judicial, pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autenticar la verdad, de adquirir cosas que habrán de ser consideradas como verdaderas y de transmitir las. La indagación es una forma de saber-poder y es el análisis de este tipo de formas lo que nos conducirá al análisis más estricto de las relaciones que existen entre los conflictos de conocimiento y las determinaciones económico-políticas” (21).

Así, el establecimiento de una verdad definitiva ante Dios, ante la ley, ante el Soberano, ponen sobre la mesa la necesidad de una verificación (decir-la-verdad), siendo la corroboración mediante el discurso del propio inculpa-do un elemento esencial del procedimiento.

En su estudio, el profesor de Vincennes añade otro componente más a esta práctica confesional, también signado por la influencia religiosa, una cierta idea catártica de purificación: “[s]ólo quienes son puros pueden decir la verdad; tema antiguo que encontramos en la obligación de virginidad y en la necesidad de contención para recibir la palabra de Dios. (...) decir la verdad purifica (y de que el mal se arranca del cuerpo y del alma de aquel que, al confesarlo lo expulsa). E incluso el tema de que decir la verdad acerca de una cosa anula, borra, conjura esa verdad misma (mi alma se vuelve más blanca si confiesa que es negra). (...) el decir veraz está inmerso en tejidos rituales densos y complejos, acompañado de numerosas creencias, y se lo dota de extraños poderes” (22).

Esta nueva función de la palabra toma algo de la antigua prueba de repetición de fórmulas del modelo acusatorio, y le adosa la constatación y/o corroboración de una verdad mediante un sistema de demostración ligado al culto católico que define el sistema de creencias del sujeto medieval. Lo novedoso del diagnóstico foucaulteano es señalar en la indagación, el testimonio del sujeto sobre sí mismo, junto con el establecimiento de una prueba y una verdad.

En este contexto, la tortura se inserta como una suerte de desafío, una prueba. Como a aquel que triunfaba tras no quemarse en la prueba del hierro al rojo vivo, o el que no se ahogaba en la prueba del agua, o quien abatía a su rival en un duelo judicial; frente al sometimiento a tal o cual dolor, ganar es resistir y mantenerse callado, y perder es ceder al sufrimiento físico y confesar (23).

En este desdoblamiento, Foucault realiza una observación que desdibuja los límites y,

cuando menos, llama a la reflexión en relación con la oposición y constitución de “tipos puros”, respecto de los modelos de enjuiciamiento, al indicarnos que “[s]e advierte con claridad por qué la confesión está así íntimamente vinculada con la tortura o con la amenaza de la tortura, y seguirá estándolo mucho tiempo en el procedimiento inquisitorio. En el fondo, es uno de los restos del procedimiento acusatorio transferido al interior del procedimiento de inquisición: alcanzar la verdad con una prueba de confesión que se obtiene mediante la tortura, una tortura frente a la cual se puede resistir o, al contrario, se puede ceder. La confesión obtenida bajo la tortura permite producir el elemento de verdad que se necesita en el nuevo procedimiento inquisitorio. Y permite producirlo como una especie o al término de una especie de prueba judicial, casi un duelo, como es obvio, desigual, entre el acusado y quien lo tortura, es decir, el representante del poder que lo persigue. La extracción de la confesión es, en el fondo, lo que podríamos llamar prueba inquisitoria de la verdad” (24).

Foucault nos recuerda que en dicho momento la tortura no era para nada una cuestión salvaje, sino que se trataba de una práctica reglamentada. No consistía en la utilización de todos los medios posibles para arrancar finalmente al individuo la verdad que podía saber, sino un ejercicio bien determinado, en el cual el Juez (o Inquisidor) tenía el derecho a utilizar tal o cual instrumento durante cierto tiempo; y más allá de lo estipulado, se terminaba su poder y debía conformarse con sumo rigor al marco de las pruebas previstas (25).

Resulta interesante señalar la significación de la tortura en este procedimiento de confesión, que lugar tenía en los confines, en la interfaz de los procedimientos acusatorios (con la práctica de la prueba) y del procedimiento inquisitorio (con la investigación y la búsqueda del establecimiento de la verdad).

Este sistema estaba vinculado a la conocida organización de las “pruebas legales”, que definía *a priori* el valor de cada elemento de prueba en relación con una cierta cantidad de elementos de convicción, considerada como capaz de conformar una certeza perfecta. Quedando *a fortiori* autorizado el Juez a imponer una condena que era, en su gravedad, proporcional a la cantidad de prueba que había podido producir (26).

Como al momento de caracterizar el primer modelo histórico, y conforme se fue señalando a lo largo del desarrollo de este, muchos son los rasgos que aparecen en distintas instituciones que aun llevan la impronta de este modelo, a pesar de que hoy aparece como el más repudiado y opuesto a los valores establecidos en la comunidad jurídica internacional.

## V. Estado Moderno: confesión y contrato punitivo

Tanto la tortura como el sistema de pruebas legales desaparecerán del procedimiento penal en la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del XIX. Sin embargo, la confesión no solo no va a ver menguada su importancia en

el momento en que desaparece el suplicio junto con el sistema de pruebas legales, sino que, por el contrario, en los nuevos códigos de la Modernidad, cuya arquitectura general sigue siendo actual, va a adquirir una importancia decisiva.

Es menester recordar que la Modernidad sacó del centro a Dios, y puso al hombre, cuya razón científica (27) guía e ilumina el camino del conocimiento y la verdad, a través del progreso (28).

En este contexto de saber, surgieron los padres de la ciencia política, siendo que de Hobbes (29) en adelante, los filósofos contractualistas se han encargado de relatar aquella suerte de “mito de origen” de la modernidad, conocido como el acto en el que se habría dado un pasaje del denominado estado de naturaleza (en el que los individuos tienen disponibilidad de fuerza y potestad letal respecto de sus semejantes) al pacto social o contrato, que instaura la sociedad civil mediante la entrega simultánea de la suma de todas las fuerzas individuales a un tercero, que en adelante tendrá el monopolio de la coacción física (30) (soberano, Estado).

En esta senda, que sentó las bases de lo que posteriormente sería la teoría política moderna receptada por las constituciones liberales, fue en primer lugar Rousseau (31) quien señaló que lo que expresa la ley es la voluntad de todos, o *voluntad general*. Esta, debería canalizarse en esa norma decidida y convalidada por un acto del cuerpo legislativo en su carácter de soberano (el pueblo mediante sus representantes). Siendo la voluntad de todos lo que funda y brinda legitimidad a la ley.

Foucault nos dirá que, en el modelo de la Modernidad, la primera consecuencia es que la comisión de un crimen por parte de un ciudadano que “participó” de esa voluntad general, es que el mismo, a través de la ley a la que ha dado consentimiento o sostiene por su propia voluntad, se castiga, y se castiga por medio de la institución del tribunal que pronuncia la sentencia de conformidad con la ley presuntamente querida por el.

Mediante esta lógica elíptica, la confesión recuerda en principio y reinstaura el pacto implícito sobre el cual se funda la soberanía de la institución que juzga.

El sistema penal moderno se encuadra en el orden político de la época, y por tanto contiene sus valores como presupuesto, considerando la libre voluntad (32) del individuo como fin en sí, autodeterminado, que elige un plan de vida y lo lleva adelante.

En esa lógica, Foucault nos señala que “[q]uien ha cometido el crimen también es en cierta forma el que se autocastiga. La ficción (que, además, es asimismo una exigencia) de que uno deba reconocerse en la ley que lo afecta, explica el lugar a la vez simbólico y central de la confesión. En el fondo, ¿para qué está allí la confesión? No solo para que el individuo diga: “y bien, es así, he cometido tal crimen”, sino

para que, al decirlo, manifieste de alguna manera el principio mismo de la ley penal y llegue de alguna manera, como culpable, a reconocer por su confesión la soberanía de la ley y del tribunal que va a castigarlo y en los cuales se reconoce” (33).

De esta manera, lo que entendíamos como confesión en el antiguo régimen medieval (purga de un pecado), en el sistema moderno se lleva a una dimensión más compleja, en la que no consiste simplemente en reconocer el propio crimen, sino en reconocer, simultáneamente, la validez del castigo que uno va a sufrir.

En este complejo juego de ficciones, creencias, legitimaciones y actos de fuerza, lo que ve nuestro autor no es otra cosa que el en-sortijado funcionamiento de un dispositivo formal que vehiculiza una especie de rito de soberanía, mediante el cual el culpable da a sus jueces los fundamentos para condenarlo, al tiempo que reconoce en el fallo de estos su propia voluntad.

Efectivamente, en la modernidad, la confesión pasa a ser el recordatorio del pacto social “quebrantado”, y el castigo, su reinstauración (34).

Así, la lógica de la relación es constitutiva. Ahora la confesión se convirtió en una necesidad “fundamental” del sistema, porque son los fundamentos mismos del sistema los que se ponen en juego en cuanto ella se realiza, y por eso la necesitan.

“[E]n la palabra de la confesión el culpable puede (...) rubricar el castigo que lo cercena del cuerpo social o lo despoja de sus derechos; al mismo tiempo, esta confesión va a marcar el primer jalón de su reintegración (porque por medio de ella el culpable reconoce que ha roto el pacto fundamental, pero al reconocerlo da el primer paso (...) en pos de dicha reintegración)” (35).

Desde esta perspectiva, la confesión es un acto que cobra sentido en la raíz misma de la maquinaria estatal. En primer lugar, revalidando el sistema político mediante una suerte de legitimación autorreferente, y, en segundo lugar, como consecuencia necesaria, legitimando al aparato punitivo.

Pero, además, atendiendo estrictamente a lo que llamamos “teoría de la pena”, los nuevos códigos del siglo XIX asignaron una doble función: castigar, desde luego, pero también enmendar y corregir [teoría de la prevención especial positiva (36)]. A partir de este momento, se intentará conseguir que el sujeto se transforme con respecto a la falta cometida, y se transforme también con respecto a las faltas que podría cometer. La pena debe ser correctora, y la confesión, como manera de reconocerse culpable, constituye el primer elemento, la primera prenda, de lo que podríamos llamar *pacto punitivo*: “[a] confesar, recibo el castigo como algo justo y acepto participar en los efectos correctivos que los jueces esperan de él” (37) (38).

## { NOTAS }

(21) *Ibidem*, p. 92.

(22) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 23.

(23) “[F]oucault destacaba cómo ‘cuando los inquisidores de la Edad Media torturaban a alguien, no pretendían hacer el razonamiento hecho por los verdugos actuales, y que es el siguiente: si el interesado mismo llega a reconocer que es culpable, esa es la mejor prueba, aún más convincente que el testimonio presencial; el verdugo del Medioevo no intentaba obtener nada de eso, y menos aún esa prueba. De hecho. Torturar a alguien significaba en la Edad Media entablar, entre el juez y la persona inculpada o sospechada, una verdadera lucha física cuyas reglas, por supuesto, aunque no amañadas, eran perfectamente desiguales y sin ninguna reciprocidad: una lucha física para saber si el sospechoso iba a aguantar o no; y cuando cedían, no se trataba tanto de una prueba demostrativa de culpabilidad, era simplemente la realidad del

hecho de que había perdido el juego, había perdido en el enfrentamiento y, en consecuencia, se lo podía condenar”. TEDESCO, I. F., “El acusado en el ritual judicial”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 388.

(24) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 222.

(25) FOUCAULT, M., “Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión”, trad. Garzón del Camino, Siglo XXI, Buenos Aires, 2006, ps. 38-74.

(26) “[E]l sistema de prueba legal (...) la ley estipula la serie de condiciones (positivas o negativas) para tener por acreditado un hecho; (...) el sistema no puede funcionar sin la autorización para obtener la confesión compulsivamente, mediante la tortura, centro de gravedad de toda la investigación, y la regulación probatoria solo cumple el fin de requerir mínimos recaudos para posibilitar el tormento. De tal manera, lo importante políticamente no son tanto las condiciones de la plena prueba, sino las de la lla-

mada semiplena, que abre paso a la tortura”. MAIER, J. B. J., ob. cit., p. 448.

(27) APPLEBY, J. - HUNT, L. - JACOB, M., “El Modelo Heroico de la ciencia”, *La verdad sobre la historia*, Ed. Andrés Bello, Barcelona, 1998, p. 30.

(28) FOUCAULT, M., “¿Qué es la Ilustración?”, trad. Morey, Ed. La Piqueta, Madrid, 1996.

(29) HOBBS, T., “Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, trad. Sánchez Sarto, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009.

(30) WEBER, M., “Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, 2ª ed., p. 1056.

(31) ROUSSEAU, J. J., “El contrato Social”, trad. Villaverde, Ed. Taurus, Buenos Aires, 2013.

(32) NINO, C. S., “Los límites de la responsabilidad pe-

nal. Una teoría liberal del delito”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 365.

(33) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 225.

(34) Para un profundo análisis crítico de este aspecto de la cultura penal moderna, véase ALAGIA, A., “Hacer sufrir”, Ediar, Buenos Aires, 2013, ps. 31 y ss.

(35) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 225.

(36) JESCHECK, H. H. - WEIGEND, T., “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, trad. Olmedo Cardenete, Ed. Comares, Granada, 2002, ps. 77 y ss.

(37) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., ps. 226-7.

(38) “[E]n los orígenes del pensamiento jurídico moderno la relación punitiva ha debido erigirse sobre un *a priori* político: el contrato social, el pacto constitucional. Esto significaba reconocer explícitamente la ausencia de toda racionalidad implícita en la relación punitiva; es decir, si no hay naturalidad alguna en la pena, no hay tam-

Según lo dicho, la propia lógica del sistema penal moderno requiere de un acusado que (de un modo u otro) confiese para funcionar a pleno; pues la confesión viene a disipar las incertidumbres, a completar los conocimientos fragmentarios, y cumplir un papel muy importante en el procedimiento investigativo; pero además viene a completar el sistema punitivo, el sistema penal en general; dado que “[t]iene un papel importante para que la jurisdicción, para que el hecho de dictar la sentencia se lleve a cabo en su plenitud” (39).

Estas modificaciones fueron acompañadas por cambios en el método de valoración de la evidencia. En tanto se abandonó el sistema tabulado de pruebas legales, y se pasó a un sistema de íntima convicción razonada (40), en el que toca al juez decidir, en lo más profundo de sí, lo que es convincente y lo que no es convincente en los elementos de demostración que se le presentan ante su juicio. El valor probatorio no es ya definido por un código previo, sino que es la conciencia del juez (o del jurado) la que (en sí misma, por su propia autoridad, en su propia soberanía) debe decidir que, en efecto, un elemento de convicción constituye una prueba, y/o establece una verdad irrecusable y evidente (41).

De manera llamativa y polémica, Foucault nos dirá que en el nuevo sistema de íntima convicción razonada la confesión no desaparece, sino que constituye una especie de contrato de verdad que permite a quien juzga saber con un saber indubitable.

Así, “[l]a verdad que debe actuar en la práctica penal es un asunto común a todos. Todo ciudadano (...) debe ser razonable (...) debe poder reconocer lo que es verdadero o falso en su alma y su conciencia: soberanía, pues de una conciencia cualquiera con respecto a la soberanía. De allí (...) la importancia de la confesión en cuanto prueba irrefutable (...) la cuestión ya no pasa por sumar fragmentos computables de verdad, sino por producir una verdad que sea patente para todos (y en particular para los jueces y los jurados)” (42).

A partir de ello, la hipótesis de nuestro autor indica que la confesión se convertirá en la forma de prueba directa o indirectamente más buscada, en la medida en que resulta una prueba inescrutable de la ocurrencia de un hecho.

La relación con la palabra no será tan directa como en el modelo inquisitivo medieval, sino que la necesidad de confesión en la Modernidad se instrumentará de un modo indirecto: a través del interrogatorio del juez al culpable. En esa medida la confesión también es absolutamente fundamental para el sistema penal, ya que “[n]o se puede juzgar —esto es, la dramaturgia judicial no puede efectuarse en pleno—, si el acusado, en cierto modo, no ha confesado” (43).

En este punto, cabe traer a colación una investigación tocante al aspecto dramático del ritual judicial y la confesión, en la que se ha

dicho que “[n]o solo las imágenes culturales en torno del ritual judicial generaron un concepto del acusado de características rituales y sagradas; sino que también el uso de la palabra en torno a él, profundizaron esta conceptualización. Ya desde el inicio, se lo priva de intimidad a través del interrogatorio sobre su personalidad en el curso del cual el sujeto acusado deberá dar detalle de cada uno de los aspectos de su vida personal: de su familia, de su cónyuge, de su infancia y educación. Cada uno de sus datos íntimos deben ser percibidos por el público. Este último, verá satisfecha su curiosidad, lo podrá estudiar, podrá formular juicios sobre su personalidad. [...] el ritual se inicia con la evaluación sobre su forma de ser, no sobre los actos por los que será juzgado. Esto es, se evaluará su peligrosidad y, con ello, el ritual mantendrá su espíritu sagrado. Es que toda la conducta del director del proceso tiene como misión final ejercer sobre el acusado una actitud paternalista. Esa conducta está dirigida a una instancia moral, más que jurídica, que se revela como el objetivo final de comprobar si el acusado comprende la gravedad del hecho por el cual está siendo juzgado.

“Por estas razones, la búsqueda, no importando de qué manera, explícita o implícita, de la confesión, se torna uno de los objetivos centrales del ritual. A través de ella el sujeto se presenta frente a su pecado, y gracias a ello, se redime frente a toda la comunidad. La confesión no es más que una ficción por medio de la cual se despliega una relación de poder, la asunción de una determinada verdad previamente establecida en el imaginario de todos aquellos que la escuchan, sean árbitros, sean espectadores” (44).

Así, tal como señala Foucault, la confesión parece encontrarse enquistada en la matriz misma del Sistema Penal, arraigada en los fundamentos teóricos de su funcionamiento; pero el procedimiento será aún más sofisticado y sutil a la hora de aportar medios auxiliares para el estudio de la personalidad del acusado.

#### VI. Los crímenes sin razón, la psiquiatría y la constitución del “sujeto criminal”

Como aditamento al diagnóstico dado respecto de la centralidad implícita de la confesión en el Sistema Penal Moderno, Foucault indicará que la necesidad de esta queda notoriamente exhibida en los casos anómalos, en los que a la pregunta que se hace a quien habría cometido un crimen, este no puede responder o da una respuesta diferente de la que se espera. Ello ocurre cuando el crimen carece de razón, no se encuentra motivación de interés, cálculo, pasión, y el sujeto es incapaz de decir cosa alguna acerca de su accionar, pues está mudo con referencia a él. Son casos en los que el relato de lo ocurrido no puede estructurarse de modo tal que surja una relación entre los personajes del drama que haga inteligible el crimen.

Respecto de esos “crímenes sin razón” (sin posible confesión); sobre los que no podía de-

cirse cosa alguna, dirá el profesor francés que se reunían todas las pruebas de la culpabilidad y muchas veces eran actos reconocidos por los autores; por lo que, desde un punto de vista jurídico, debía bastar. Pero Foucault señala que no es eso lo único que los jueces requerían, sino que su demanda se dirigía a que el culpable diga algo sobre su crimen, que dé sentido a su gesto.

En estos extraños sucesos, en los que la “locura” quedaba exhibida en un único e inflexible acto criminal, se planteó la obligación de sustituir o duplicar esa confesión deficiente o insuficiente por otros medios, suplir esa “autoverificación” del sujeto por una suerte de “heteroverificación”, instrumentada por el examen psiquiátrico y psicológico del criminal (45). Estos medios auxiliares con los que la modernidad vino a iluminar el procedimiento cumplen la función de colmar las lagunas, llenar los espacios en blanco, y hacer surgir la verdad criminal que el propio acusado no pudo formular.

En este último movimiento se observa el punto de partida de una cuestión mucho más profunda, oculta detrás del problema de la confesión: la del conocimiento del sujeto como objeto a conocer de las ciencias humanas (46) y, en el caso particular, como “sujeto criminal”. Pues en ese sujeto, cuya confesión era demandada, no se buscaba simplemente poner de relieve al sujeto de derecho al cual se piden cuentas de un delito cometido, sino que además se buscaba hacer surgir una subjetividad que mantuviera con su crimen una relación significativa. Poner en escena un delincuente para el delito, para poder construir una narrativa del crimen.

En este tipo de casos Foucault nos indica que la confesión, en su materialidad, no es suficiente, pues debe surgir un personaje, y ello requiere de esta un papel dramático. Y es que la confesión “[e]s del orden de la dramática o la dramaturgia. Si se puede llamar ‘dramático’ no una adición ornamental cualquiera, sino todo elemento que, en un escenario, pone de manifiesto el fundamento de legitimidad y sentido de lo que se desenvuelve en él...; en virtud de ello, Foucault entiende que [l]a confesión forma parte de la dramática judicial y penal. (...) podríamos decir que la confesión es uno de los elementos más intensos de la dramática judicial, y uno de los más necesarios” (47) (48).

Estas “locuras” de un solo acto descontextualizado, estos casos inexplicables, sin sentido ni relación de significación con sus ejecutores (matar niños, matar al propio hijo), conocidos como “monomanía homicida” alejaron al crimen del ámbito de lo razonable, dislocaron el orden del discurso punitivo y convirtieron a la confesión en una cuestión psiquiátrica (49).

Nos indica el profesor de Vincennes que este movimiento fue acompañado con el auge de la psiquiatría en los comienzos del siglo XIX, época en la que actuaba como una especie de higiene pública. En tanto el cuerpo

social había dejado de ser una simple metáfora jurídico-política, para aparecer como una realidad biológica y un ámbito de intervención médica, en la que las patologías debían diagnosticarse y combatirse (50).

En este marco, nuestro autor señala que la psiquiatría pudo inscribirse dentro del campo de una medicina concebida como reacción a los peligros aparentes o virtuales inherentes al cuerpo social, así, se pretendían tratar los peligros sociales bajo el estatuto de la “enfermedad”.

En esta problemática se inscribe, el desdoblamiento de la confesión y su apertura a otro tipo de cuestiones: las cuestiones de la subjetividad.

En los Códigos de los últimos años del siglo XIX y los primeros del siglo XX (en especial el Código napoleónico francés a partir de la década de 1840) junto con la aparición de nuevas conceptualizaciones (como las figuras atenuantes), los Magistrados se encontraron con un nuevo sujeto, el “sujeto criminal”, lo que produjo que ya no debieran limitarse a castigar un crimen, sino que debían tratar (o, bueno, manipular, ajustar su práctica judicial) no solo al crimen, sino a la individualidad criminal (51).

Estos entrecruzamientos, junto con el surgimiento de ideas tributarias de la defensa social, y acompañados de la emergencia de una amplia literatura de criminalidad (diarios, novelas policiales, y todo lo novelesco que se despliega en torno a los crímenes), produjeron al par la heroización del criminal, desde luego, pero también afirmación de que la criminalidad está presente por doquier, que es por doquier una amenaza, y una amenaza cuyos signos inquietantes pueden constatarse en toda la sociedad (52).

A estas ideas se sumó la perspectiva terapéutica forjada por los reformadores del siglo XVII, que buscaban en el castigo la enmienda de los condenados. Siendo que ya en aquella época “[m]uy pronto se advirtió que la prisión llevaba al resultado exactamente opuesto, que era más bien una escuela de delincuencia y que los métodos más refinados del aparato policial y judicial, lejos de asegurar una mejor protección contra el crimen, inducían, al contrario, por intermedio de la cárcel, un fortalecimiento del medio criminal” (53) (54).

Así se fue construyendo una fuerte demanda social y una política de reacción contra el crimen, constituyendo, poco a poco, la imagen del delincuente como un enemigo de la sociedad.

A partir de ello, y de la relevancia que a principios del siglo XX tuvieron las ideas de la defensa social (55), nuestro autor señala que la jurisdicción ejercida por los jueces deberá acompañarse por un tipo de verificación distinto del que había podido obtenerse y definirse tanto para la investigación como para la confesión en el sentido tradicional, pues es

#### { NOTAS }

poco naturalidad en la desviación criminal. El sistema de los delitos y de las penas es, por excelencia, un sistema convencional”. PAVARINI, M., “Un arte abyecto”, trad. Sozzo y Candiotti, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 266.

(39) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 227.

(40) ROXIN, C., “Derecho Procesal Penal”, trad. Córdoba, Pastor y Maier, Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2003, ps. 102-11.

(41) MAIER, J. B. J., ob. cit., p. 864.

(42) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 226.

(43) *Ibidem*, p. 228.

(44) TEDESCO, I. F., ob. cit., ps. 437-8.

(45) véase ZIFFER, P., “Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, ps. 135, 161 y ss.; y SANZ MORAN, A., “Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, ps. 87-107.

(46) “[e]l hecho de que el hombre aislado o en grupo se

haya convertido en objeto de la ciencia (...) es un acontecimiento en el orden del saber (...) se convirtió en aquello a partir de lo cual todo conocimiento podía constituirse en su evidencia inmediata y no problemática; a fortiori, se convirtió en aquello que autoriza poner en duda todo el conocimiento del hombre”. FOUCAULT, M., “Las Palabras y las Cosas”, trad. Frost, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires 2008, p. 358.

(47) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 228.

(48) En línea con una intelección dramática del proceso penal, véase KESSEL, C. - OLAZAGOITÍA, P., “Proceso Penal y Drama”, *Juicio Proceso y Drama*, Ed. Aldina, 2017, ps. 52-7.

(49) Para mayor abundamiento véase “La evolución de la noción del ‘individuo peligroso’ en la psiquiatría legal”, FOUCAULT, M., *La vida de los hombres infames*, trad. Varela y Álvarez-Uría, Ed. Caronte, La Plata, 1996, ps. 157-77.

(50) TAYLOR, I. - WALTON, P. - YOUNG, J., “La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada”, trad. Crosa, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2007, ps. 52 y ss.

(51) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 237.

(52) Ver “La novela policial y el pensamiento criminológico” en TEDESCO, I. F., ob. cit., ps. 349-53.

(53) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 239.

(54) Sobre el dispositivo carcelario: “[e]ste dispositivo que hizo que en un momento dado las medidas de detención parecieran el instrumento más eficaz, más razonable, que se pudiera aplicar al fenómeno de criminalidad. ¿Qué produjo esto? Un efecto que no estaba de ningún modo previsto de antemano, que no tenía nada que ver con una argucia estratégica de algún sujeto meta o transhistórico que se hubiera dado cuenta de ello o la hubiera querido. Ese efecto fue la constitución de un medio delincuente, muy diferente a ese semillero ilegalista de prácti-

cas y de individuos que nos encontrábamos en la sociedad del siglo XVIII. ¿Qué es lo que ha ocurrido? La prisión ha servido de filtro, concentración, profesionalización, cierre de un medio delincuente. A partir de los años 1830, aproximadamente, asistimos a una reutilización inmediata de este efecto involuntario y negativo en una nueva estrategia, que ha rellenado en cierto modo el espacio vacío, o transformado lo negativo en positivo: el medio delictivo se ha visto reutilizado con fines políticos y económicos diversos (como la obtención de un beneficio del placer, con la organización de la prostitución). A esto llamo el relleno estratégico del dispositivo”. En FOUCAULT, M., “Saber y verdad”, trad. Varela y Álvarez-Uría, Ed. La Piqueta, Madrid, 1985, ps. 127-162.

(55) ANITUA, G. I., “Historia de los pensamientos criminológicos”, Ed. Didot, Buenos Aires 2015, ps. 289 y ss.

necesario “[q]ue acerca del sujeto y su verdad haya un tipo de conocimiento, un tipo de saber, un tipo de experiencia, también un tipo de intercambio y de diálogo que solo podía derivarse de la psiquiatría, la criminología, la psicología”, una forma distinta de veridicción del sujeto (56).

“[E]n la segunda mitad del siglo XIX (...) Dicho modelo de interrogatorio mantuvo el objetivo de obtener el reconocimiento de culpabilidad del sujeto acusado gracias a una metodología de averiguación de la verdad propia no solo de la novela policial, sino del pensamiento que la psiquiatría y la psicología iban conformando por aquel entonces. Idea que conlleva a una segunda hipótesis: tanto la ficción policial como la metodología psicoanalítica reforzaron un modelo de indagación, un modelo de verdad, esencialmente secreto, en el que la palabra del acusado siguió teniendo un carácter eminentemente protagónico. En otras palabras, el acto de confesar simplemente se secularizó manteniéndose las características propias de todo ritual sagrado” (57).

En este proceso, es de destacar la fuerte impronta del psicoanálisis que, a finales del siglo XIX, según Foucault, abrió la palabra a un método de desciframiento que vino a reemplazar la práctica del examen permanente y la verbalización exhaustiva del cristianismo.

En igual sentido, se ha dicho que “[l]as prácticas religiosas de la confesión se constituyeron como la base de los orígenes de la versión moderna, secular y compleja de la confesión codificada por el psicoanálisis. En esta, de lo que se trata es que el sujeto analizado diga más de lo que dice, de lo que confiesa. Para ello, el psicoanálisis acercó conceptos de represión y resistencia, y la práctica terapéutica y cognitiva de trabajar a través de lo que se confiesa inicialmente fue suplantado a favor de algo que surge como una verdad más profunda. Pues [t]anto el método psicoanalítico como el psiquiátrico se han fortalecido en esta concepción sobre la verdad que, por cierto, no es más que otro de los métodos religiosos o sagrados y de los judiciales. El método psicoanalítico repite la concepción religiosa en cuanto le asigna un valor positivo a la confesión. En uno y en otro caso, se sostiene que es una práctica curativa que se desprende de la catarsis que se produce al revelar un aspecto o circunstancia no conocida, secreta” (58).

Así, montado sobre una misma lógica pastoral (religiosa), apareció lo que Foucault denominará “hermenéutica del sujeto”, cuyo instrumento y método de desciframiento asimila a los principios de análisis de un texto. Ello permite una narrativa que da arraigo a los comportamientos de un sujeto en un conjunto, constituyendo al delito como acto significativo (59).

El profesor de Vincennes nos dirá que con la hermenéutica del sujeto se pudo llevar al interior mismo de la práctica penal la cuestión de la relación problemática entre la responsabilidad de un acto y su inteligibilidad. Ello en virtud de que la hermenéutica muestra que la relación de un acto con un sujeto no es simplemente asunto de imputabilidad, de causalidad más o menos libre, y responsabilidad, sino que al mismo tiempo es también una relación de significación (60).

“[T]enemos aquí un punto importante que hay que señalar en la historia del pensamiento penal: el momento en que la demanda de confesión (esa pieza dramática que era tan esencial y cuyo lugar estaba marcado de manera tan fundamental en los códigos del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX), esa demanda de confesión, es reemplazada y duplicada por una demanda de otro tipo para el juez ya no se trata de decir lo que decía implícitamente en épocas pasadas: ‘Dime si, en efecto, has cometido el crimen del que se te acusa. Dime si, en efecto, reconoces en tu voluntad fundamental la razonabilidad y la legitimidad de la condena que voy a pronunciar contra ti’. Ahora, el juez hace implícitamente esta pregunta a quien está acusado: ‘Dime quién eres, para que yo pueda tomar una decisión judicial que tendrá que estar a la vez a la altura del crimen que has cometido, claro está, pero también del individuo que eres’” (61).

La necesidad de confesión se transformó en la necesidad de conocer al que se condena, se busca que confiese quien es, que se instituya como personaje significativo en una trama narrativa (62) significativa (63), denotando así la penetración de notas características del denominado Derecho Penal de autor.

El juez pide al acusado que tenga a bien hablar de sí mismo y esto entraña una contradicción intrasistémica según Foucault. “[Y] si actualmente se manifiestan y se sienten tantas dificultades, tantos obstáculos, tantas contradicciones no solo en la teoría sino incluso en la práctica penal, es en gran parte porque (y en la medida en que) la cuestión de la subjetividad, del decir veraz de la subjetividad criminal, llegó a duplicar y tender su sobre, de algún modo, sobre la simple pregunta de la confesión (...) Esta otra cuestión de la veridicción del sujeto es a la vez la espina, la astilla, la herida, la línea de fuga, la brecha de todo el sistema penal” (64).

## VII. Palabras finales

Lo hasta aquí apuntado nos marca la zigzagante línea mediante la que Michel Foucault traza el genealógico curso de la confesión a través de los modelos de enjuiciamiento.

En la Antigüedad, entre las disputas belicistas institucionalizadas que conformaban el proceso penal acusatorio, apareció como primer antecedente el juego de palabras, en el que la correcta dición del acusado definía si le correspondía o no una sanción. Al par, tuvo lugar la significativa aparición de la figura del representante, donde ya se delineaba el rol del asistente técnico.

En la Edad Media, el modelo inquisitivo impregnó la indagación de categorías religiosas como una forma de ejercicio de poder para producir verdad, en la que la tortura servía como impulso a la comprobación del pecado, y la prueba legal regía el sistema de valoración del inquisidor.

En la Modernidad, el ideario contractualista en su versión de “voluntad general” se ligaba a la confesión como el reconocimiento de la ruptura del pacto social, de la soberanía de la ley y del tribunal penal, trayendo aparejada la idea de reinserción social en el reconocimiento del crimen, como movimiento de reconstrucción del “pacto punitivo”. Se daba en este punto el

pasaje a un sistema de íntima convicción, en el que la palabra del acusado debía aparecer como razonable ante el tribunal o el jurado.

Por último, el auge cientificista y las ideas de la Defensa Social, nos posicionaron ante el surgimiento del “sujeto criminal”, donde la confesión se inserta en un papel dramático en el que, gracias a las ciencias humanas (más que nada psiquiatría y psicoanálisis), se establece el grado de peligrosidad que reviste el infractor para la sociedad, y se da lugar a lo que Foucault denomina “hermenéutica del sujeto” en la que es necesario que el sujeto hable sobre sí, sobre su persona, y que se inserte racionalmente en la dramática trama de lo sucedido.

De semejante recorrido, podemos extraer que según Michel Foucault el funcionamiento del Sistema Penal a lo largo de la historia ha tenido como eje (ya sea explícita o implícitamente) a la palabra del acusado, sea como confesión sobre el hecho, sea como descripción de su propia personalidad.

Así, la confesión, negada, rechazada, y considerada opuesta a los valores establecidos en la Modernidad, sigue vigente en los cimientos del sistema, como su fundamento subrepticio. Las contradicciones que ello genera parecen encontrarse enquistadas en la matriz misma del Sistema Penal, y es eso lo que explica el constante malestar diagnosticado por Foucault. Evaluación que solo el tiempo indicará si puede paliarse con reformas en la técnica legislativa.

## VIII. Bibliografía

AGUIRRE, G. S., “El drama del Derecho y el fin de la Literatura”, *Juicio Proceso y Drama*, Ed. Aldina, 2017.

ALAGIA, A., “Hacer sufrir”, Ediar, Buenos Aires, 2013.

ANITUA, G. I., “Historia de los pensamientos criminológicos”, Ed. Didot, Buenos Aires, 2015.

APPLEBY, J. - HUNT, L. - JACOB, M. “El Modelo Heroico de la ciencia”, La verdad sobre la historia, Ed. Andrés Bello, Barcelona, 1998.

BENJAMIN, W., “Para una crítica de la violencia”, en *Estética y Política*, trad. Bertoletti y Fava, Ed. Las Cuarenta, Buenos Aires, 2009.

COLLI, G., “El nacimiento de la filosofía”, trad. Manzano, Ed. Tusquets, Buenos Aires, 2010.

DELEUZE, G., “Foucault”, trad. Vázquez Pérez, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2008.

FERRAJOLI, L., “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

FOUCAULT, M., “Obrar mal, decir la verdad”, trad. Pons, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

- “La verdad y las formas jurídicas”, trad. Lynch, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003.

- “Microfísica del Poder”, trad. Varela y Álvarez-Uría, Ed. La Piqueta, Madrid, 1992.

- “Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión”, trad. Garzón del Camino, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.

- “¿Qué es la Ilustración?”, trad. Morey, Ed. La Piqueta, Madrid, 1996.

- “Las Palabras y las Cosas”, trad. Frost, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

- “La vida de los hombres infames”, trad. Varela y Álvarez-Uría, Ed. Caronte, La Plata, 1996.

- “La sociedad punitiva”, trad. Pons, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013.

HOBBS, T., “Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, trad. Sánchez Sarto, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009.

JESCHECK, H. H. - WEIGEND, T., “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, trad. Olmedo Cardenete, Ed. Comares, Granada, 2002.

KESSEL, C. - OLAZAGOITÍA, P., “Proceso Penal y Drama”, *Juicio Proceso y Drama*, Ed. Aldina, 2017.

MAIER, J. B. J., “Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

NINO, C. S., “Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.

PAVARINI, M., “Un arte abyecto”, trad. Sozzo y Candiotti, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.

ROUSSEAU, J. J., “El contrato Social”, trad. Villaverde, Ed. Taurus, Buenos Aires, 2013.

ROXIN, C., “Derecho Procesal Penal”, trad. Córdoba, Pastor y Maier, Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2003.

SANZ MORAN, A., “Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003.

TAYLOR, I. - WALTON, P. - YOUNG, J., “La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada”, trad. Crosa, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2007.

TEDESCO, I. F., “El acusado en el ritual judicial”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

WEBER, M., “Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva”, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, 2ª. ed.

ZAFFARONI, R. E. - ALAGIA, A. - SLOKAR, A., “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Buenos Aires 2002.

ZIFFER, P., “Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

Cita on line: AR/DOC/2313/2020

## { NOTAS }

(56) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 241.

(57) TEDESCO, I. F., ob. cit., p. 32.

(58) *Ibidem*, ps. 374 y 382.

(59) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 241.

(60) *Ibidem*, p. 242.

(61) *Ibidem*, p. 244.

(62) En cuanto a la vinculación del proceso al drama y a la literatura, véase AGUIRRE, G. S., “El drama del Derecho y el fin de la Literatura”, *Juicio Proceso y Drama*, Ed. Aldina, 2017, ps. 12-5.

(63) “[l]o que vemos aparecer en el siglo XIX es (...) una discursividad que retoma lo cotidiano, lo individual, lo in-

timo, lo corporal, lo sexual en cierto espacio definido por instancias de secuestro. La vida de los individuos siempre va a recorrerse y dominarse desde el punto de vista de la totalidad del tiempo. En tanto que la confesión siempre se refiere a un caso (lo que se ha hecho en tal o cual circunstancia), la discursividad que nace en el interior de las

técnicas generales de secuestro, en cambio, va a seguir al individuo desde el nacimiento hasta la muerte y va a ser una discursividad de su existencia total”. FOUCAULT, M., “La sociedad punitiva”, trad. Pons, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, p. 251.

(64) FOUCAULT, M., “Obrar mal...”, ob. cit., p. 245.