

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Instituto de Derecho Comparado "Dr. Enrique Martínez Paz"

CUADERNO DE DERECHO COMPARADO TOMO II - 2019

José Daniel Cesano **Director**

Artigas 74 (5000) - Cordoba Republica Argentina 2019





Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la institución, el Director ni del Comité Editorial.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Índice

Los usos del Derecho Comparado en la Reforma Penal
Reflexiones a propósito del Anteproyecto de Código Penal elaborado
por la Comisión designada por Decreto 103/2017
José Daniel Cesano.
En torno al Derecho Comparado
Su razón de ser
MARCELO URBANO SALERNO
Violencia y paz en Colombia: Problemas y soluciones
Un examen de filosofía política
GUILLERMO LARIGUET
Utilidad y valor del método comparado
María del Carmen Piña
Marcos jurídicos del ordenamiento territorial en América del Sur
Análisis comparado
LEONOR SELENA GIMELFARB
Libertad Condicional en América
Análisis comparado de los ordenamientos jurídicos de la región
Fernando Miguel Comuñez
Estudio comparativo de las leyes penitenciarias de España y Argentina
Precedentes y contexto histórico de sus nacimientos y posteriores re
formas
Matías Manuel Mansilla
Entrevista a John Cartwright
José Daniel Cesano

STAFF

Instituto De Derecho Comparado "Dr. Enrique Martínez Paz"

Director

José Daniel Cesano

Secretario del Instituto

DIEGO PERETTI AVILA

Secretario de Redacción

CHRISTIAN G. SOMMER

Comité Científico

Adriana S. Dreyzin
Thomas Duve
Zlata Drnas De Clément
Carlos Julio Lascano
Horacio Roitman
Marcelo Urbano Salerno

Miembros Titulares del Instituto

Dra. María Del C. Piña
Dr. Christian G. Sommer
Dra. Carolina Prado
Dr. Diego Peretti Ávila
Ab. Fernando Miguel Comuñez
Esp. Guillermo Funes
Ab. Andrès Alveroni
Ab. Leonor Gimelfarb
Ab. Matías Manuel Mansilla
Gustavo Alberto Arocena
Leonor Grimelfarb Marcelino
D. Barrera Liberani
Carolina Fernanda Carranza
Ana Lombardi

Miembros Correspondientes del Instituto

Dr. Ignacio Aymerich Ojea (Valencia)

Dr. John Cartwright (Oxford)

Dr. Massimo Donini (Modena E Reggio Emilia)

Dr. Lucio Pegoraro (Bolonia)

Dr. Alessandro Somma (Ferrara)

Dr. Santiago Muñoz Machado (Madrid)

Dr. Gonzalo Gonzalez Rodriguez Mourullo (Madrid)

Dra. Valentina Faggiani (Granada)

Dr. Gianmaria Ajani (Turìn)

Dra. Esther Arroyo Amayuelas (Barcelona)

Los usos del Derecho Comparado en la Reforma Penal

Reflexiones a propósito del Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión designada por Decreto 103/2017

José Daniel Cesano*

^{*} Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: danielcesano@gmail.com

Resumen: El presente artículo tiene por objeto analizar una de las funciones del Derecho comparado. Concretamente, su propósito es indagar como, el Derecho comparado puede ser un elemento auxiliar para realizar la formulación de la política legislativa de un Estado. En este caso se reflexionará a partir de algunas instituciones reguladas por el anteproyecto de reforma del Código penal elaborado por la Comisión designada por Decreto 103/2017.

Abstract: This article aims to analyze one of the functions of comparative law. More specifically, its purpose is to investigate how, comparative law can be an auxiliary element to carry out the formulation of the legislative policy of a State. In this case it will be reflected from some institutions regulated by the preliminary draft reform of the Criminal Code prepared by the Commission designated by Decree 103/2017.

I. Necesidad de la reforma

El Código penal argentino vigente fue promulgado como Ley 11.179 el 29 de octubre de 1921. Indudablemente, este texto ha sido objeto, a lo largo de sus casi cien años, de varias modificaciones parciales. Hay enmiendas que estuvieron orientadas a actualizar las técnicas de protección de determinados intereses sociales que, al tiempo de la sanción originaria, no resultaban relevantes o, directamente, por encarnar una problemática que, por entonces, se ignoraba no podrían haberse considerado; tal como sucede, por ejemplo, con el Título XIII, del Libro II, que incorporó los delitos contra el orden económico y financiero (Ley Nº 26.683) o con la Ley 26.388, que incluyó nuevos tipos delictivos que se vinculan con la denominada criminalidad informática. En otros casos las modificaciones se inscribieron en un endurecimiento del sistema de penas, que respondía a reclamos de seguridad; aspecto que puede constatarse en la ley N°27.375, que modificó el régimen de la libertad condicional, extendiendo la prohibición de este instituto en relación a un nutrido catálogo de delitos que superaba a los ya previstos por la ley 25.892, o en la ley 25.928, que fijó la pena máxima para el concurso material de delitos en cincuenta años.

Con todo, y a pesar de estas reformas, podríamos convenir que, pese al paso de los años, en líneas generales, la estructura original del Código se conserva.

Esto no significa, desde luego, que muchas de las exigencias de la sociedad de riesgo que se traducen en la necesidad de actualizar el código penal, no se hayan realizado. Lo que ocurre es que, desde hace también varios años, nuestro legislador pretende llevar a cabo esta tarea a través de leyes especiales o complementarias del Código penal; lo que produce un fenómeno de descodificación en nuestra materia¹. Esto se agrava aún más, si advertimos que, algunas de estas intervenciones, ni siquiera están justificadas porque representan claros ejemplos de un verdadero Derecho penal simbólico; entendiendo por tal "lo que Díez Ripollés ha llamado 'el reino del proceder legislativo declarativo – formal' según el cual la pretensión de la norma penal no es más que reflejar la opinión pública sobre una determinada realidad social, de manera que aquella se transforma, más que en un intento serio de atajar un problema, en una declaración formal del rechazo del mismo"².

Esta situación, indudablemente, se torna preocupante; en tanto la situación patológica de descodificación "ha conducido a un verdadero 'caos jurídico penal'. Esta descodificación, este legislar penalmente extra codicem, se expresa en la emisión, prolífica y ya inabarcable, de miles de figuras delictivas, muchas veces con sus propios principios generales y sus propias reglas procesales, que no integran los códigos respectivos (leyes complementarias, especiales o delitos y procedimientos creados por leyes no penales). Esta modalidad de legislar no respeta los principios de fundamentación técnica y axiológica que un código busca asegurar (armonía, racionalidad, centralización, congruencia, igualdad, vigencia efectiva de las disposiciones de la parte general, certeza, accesibilidad, inteligibilidad, seguridad jurídica, etc.). Además, el 'modo descodificar' es empleado también en las reformas a los propios códigos que, asistemáticamente, no respetan la mayoría de los cá-

¹ Sobre este aspecto, cfr. Cesano, José Daniel, La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo), Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004.

² Becerra Muñoz, José, La toma de decisiones en la política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 75.

nones apuntados tampoco si esas modificaciones legales se introducen al código, porque en cierto sentido son, en los hechos, también reformas 'extra-código' aunque formalmente sus disposiciones sean agregadas grosera e irreflexivamente al código"³.

Nadie, por consiguiente, duda que el Código penal argentino está necesitado de una modificación integral, que recodifique, en forma armónica y racional, la enorme cantidad de leyes que se han venido dictando en materia penal por fuera de él y que actualice, de acuerdo a las nuevas exigencias sociales, un texto que fue pensado para otro siglo y aquel inabarcable número de leyes complementarias y especiales, que expandieron los ámbitos de punición, algunas consultando intereses merecedores de tutela penal y otras no, dotando de proporcionalidad y sistematicidad al orden jurídico penal. Por eso, y ante el fracaso de los dos proyectos de reforma integral que han tenido lugar desde este inicio de siglo, no puede sorprender que, el actual gobierno, conformase una Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, creada por decreto Nº 103/20174.

Desde luego que esto no significa adherir a la opción metodológica del gobierno para llevar a cabo esta decisión. Que deba reformarse integralmente nuestro Código no significa que, tal necesidad, hubiese exigido un trabajo ex novo, con otra Comisión que elaborase un documento enteramente nuevo. Sostenemos esto porque, como ya lo señalamos, existían dos anteproyectos (el del año 2006, cuya elaboración fuera dispuesta por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 303/04 y N° 136/05, y el presentado, en el año2014, redactado por una comisión designada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 678/2012), ambos de excelente factura, que podrían haberse reexaminado, por parte del Poder Ejecu-

³ Pastor, Daniel R., "La recodificación penal en marcha. Una iniciativa ideal para la racionalización legislativa", Revista Pensar en Derecho, Coedición Eudeba y Facultad de Derecho de la UBA, Bs. As., 2012, p. 40.

⁴ La Comisión estuvo integrada originariamente por Mariano Hernán Borinsky, quien actuó como Presidente; Carlos Mauricio González Guerra, quien se desempeñó como Secretario; Pablo Nicolás Turano, que actuó como Secretario Adjunto; Carlos Alberto Mahiques; Patricia Marcela Llerena; Daniel Erbetta; Víctor María Vélez; Pablo López Viñals; Guillermo Jorge Yacobucci; Fernando Jorge Córdoba y Patricia Susana Ziffer, y por un representante de los Ministerios de Seguridad y de Desarrollo Social.

tivo, con la finalidad de unificarlos en un solo texto o, en todo caso. optar por uno de ellos para que, sobre la base de lo ya realizado, se pudiera consensuar la reforma del Código. Especialmente, debe señalarse como un argumento a favor de la reconsideración del último de los anteproyectos, la circunstancia de que éste estuvo redactado por una comisión cuya constitución reflejaba una amplia representación del arco político, por entonces, opositor. De hecho, uno de los miembros de aquélla es el actual vicepresidente provisional del Senado, Federico Pinedo. Por otra parte, y en el caso de ambos anteproyectos anteriores, las respectivas comisiones se caracterizaron por abrir el producto que habían elaborado a la consulta de grupos expertos, instituciones⁵, etcétera; aspecto que, en el caso del texto que consideramos no se realizó. Si hubo participación de diversos sectores durante la etapa de elaboración - más de 40 especialistas sobre distintos aspectos, según lo señala Carlos González Guerra, uno de los miembros de la comisión⁶- mas no hubo una instancia formal que habilitase una ronda de opiniones tras la culminación del texto.

El dato lo mencionamos porque creemos que, más allá que la comisión ha trabajado con ambos anteproyectos⁷; nos parece que es un signo de marcada inmadurez y, en todo caso, desmedido protagonismo, haber dejado, al menos formalmente y en su concepción de trabajos integrales, aquellos esfuerzos anteriores y, en vez de continuarlos, pretender realizar algo nuevo. Esto es sintomático de la ausencia de una verdadera política criminal, entendida como verdadera política de Estado; y de la pervivencia de prácticas objetables, en donde cada gobierno que asume intenta comenzar la tarea de cero, olvidando las iniciativas

⁵ En el caso del Anteproyecto designado por el Decreto 678/2012, por Resolución Rectoral Nº 690/2014, la Universidad Nacional de Córdoba conformó una Comisión de Especialistas en Derecho Penal y Criminología, para que dictaminasen sobre el Anteproyecto. Al respecto, cfr. Yanzi Ferreira, Ramón Pedro (Coordinador), Estudios sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Secretaría de Posgrado, Córdoba, 2015.

⁶ Al respecto, cfr. el documento intitulado "Codigo-Penal.-Rendición-decuentas-2017", disponible en: https://www.ju sticia2020.gob. ar/eje-penal/ref orma-del-codigo-penal-la-nac ion/. Accedido: 15/03/2018.

⁷ Vid. documento citado en nota anterior.

anteriores, por puras cuestiones ideológicas o, peor aún, por especulaciones electoralistas. En tal sentido no puede perderse de vista el rol gravitante de los medios masivos de comunicación que, a partir de una información de muy baja calidad sobre el fenómeno delictivo, impacta sobre la sociedad generando una demanda de intervención pública. La auténtica novedad de este círculo vicioso que se retroalimenta – ha dicho Becerra Muñoz – "es la intervención que efectivamente se produce por parte de la clase política. Esta, lejos de afrontar los diferentes asuntos intentando precisar, en primer lugar, si existe o no un auténtico problema, ha descubierto que el electorado tiene una necesidad y que su satisfacción genera beneficios electorales. Desde esta perspectiva política existe, por tanto, una necesidad de mayor seguridad y se puede responder a ella a un precio prácticamente gratuito: la publicación de normas"8.

II. Visitando el Anteproyecto⁹

El Anteproyecto consta de tres libros: Disposiciones generales; De los delitos; y De los delitos contra el orden internacional.

El libro Primero está integrado por catorce Títulos. A saber: Aplicación de la ley penal; De las consecuencias jurídicas del hecho; Condenación de ejecución Condicional; Cumplimiento en detención domiciliaria; Reparación de perjuicios; Imputabilidad; Responsabilidad de las personas jurídicas; Pautas para la determinación de las sanciones; Tentativa; Participación criminal; Reincidencia; Concurso de delitos; Extinción de acciones y penas; Del ejercicio de las acciones; De la suspensión de proceso a prueba; y Significación de conceptos empleados en el Código.

Las mayores innovaciones en este Libro están dadas, en relación al Código vigente, por la regulación, autónoma y con particularidades, de la detención domiciliaria, actualmente regulada como prisión domiciliaria dentro del Título "De las penas", aunque con mayor es-

⁸ Becerra Muñoz, op. cit., p. 99.

⁹ Cfr. Anteproyecto. Código penal de la Nación Argentina. Anteproyecto elaborado por la "Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación", creada por decreto 103/2017. Ed Eudeba, Bs. As., 2018.

pecificidad en la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad; y la inclusión de un nuevo Título destinado a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por supuesto que aún cuando se conserven la mayoría de los otros Títulos tradicionales del Código de 1921, hay un elenco de variadas modificaciones a sus instituciones; tales como, por ejemplo, una nueva fórmula para la pena de la tentativa cuando se trate de delitos castigados con pena de prisión temporal; la previsión de una regla específica para el estado de necesidad exculpante; la regulación expresa de la capacidad de culpabilidad disminuida; una serie de incorporaciones y enmiendas en relación a las consecuencias jurídicas del delito, sobre las cuales volveremos enseguida; entre otras reformas.

Por su parte, en el Libro Segundo se agregan –en parte en sintonía con el propósito de recodificación de la legislación penal especial, aunque también por exigencias de actualización– quince nuevos Títulos referidos a terrorismo y financiamiento del terrorismo, delitos de narcotráfico y estupefacientes, delitos fiscales, aduaneros, cambiarios, militares, delitos de tráfico y permanencia ilegal de migrantes, delitos contra la libertad y la dignidad del trabajo, delitos de tráfico de sangre, órganos y delitos genéticos, delitos contra el ambiente, contra el patrimonio arqueológico y paleontológico, delitos en el deporte, delitos informáticos y contra la propiedad intelectual.

La incorporación de los delitos internacionales, como nuevo Libro, indudablemente responde a una orientación de la política criminal actual mundial, en virtud de la cual se refleja el nuevo papel que está jugando la comunidad internacional en la construcción de la política criminal interna de los estados.

III. El uso del Derecho comparado a partir de algunas instituciones modificadas

Nuestro propósito es detenernos en ciertos aspectos de la regulación del anteproyecto; especialmente teniendo en cuenta una cuestión: la forma en que la comisión utilizó, o pudo utilizar, el Derecho extranjero; especialmente desde la perspectiva de las funciones del Derecho

comparado. Esto lo consideramos importante porque uno de los miembros de la comisión de reforma - quien, a su vez, fue uno de los coordinadores de la labor realizada -, Carlos González Guerra, señaló, como uno de los productos generados, el análisis del Derecho comparado.

¿Cómo se hizo esa tarea? Y, en especial, si se utilizó de manera adecuada el Derecho comprado, constituye el núcleo central de este trabajo.

Tomaremos como campo de indagación algunas previsiones normativas contenidas en el título II, del Libro I; esto es: De las consecuencias jurídicas del hecho. En especial, queremos focalizarnos en dos instituciones: a) la pena de prisión perpetua y su relación con la libertad condicional y b) el seguimiento socio judicial, como medida de seguridad.

El anteproyecto mantiene la pena de prisión perpetua. En este sentido se apartó de las dos experiencias reformadoras anteriores que optaron por la eliminación de esta sanción; estableciendo únicamente la pena de prisión temporal y previendo como máximo posible de dicha especie, veinticinco años (en el anteproyecto de 2006) y treinta años (en el anteproyecto elaborado por la comisión designada en 2012).

Cabe señalar que en la larga historia legislativa del Código vigente siempre se mantuvo la pena de reclusión y prisión perpetuas. Sin embargo, los casos de perpetuidad existencial de la pena – esto es: de un encierro efectivamente de por vida – aparecían muy limitados por el instituto de la libertad condicional que permitía acceder a un egreso anticipado a prueba, a partir de los veinte años de cumplimiento de la condena. Con lo cual, salvo la hipótesis del reincidente, luego condenado por un delito conminado con prisión o reclusión perpetua, en donde el artículo 14 impedía la libertad condicional, en la mayoría de las situaciones, la pena perpetua no era tal sino que, la posibilidad de aquel egreso permanecía como una expectativa lograble.

Los problemas comenzaron con las sucesivas modificaciones al régimen de la libertad condicional a través de las leyes 25.892 y 27.375, que elevaron la exigencia de cumplimiento a treinta y cinco años e incorporaron, al artículo 14 del Código penal, un nutrido catálogo de delitos, muchos de los cuales están sancionados con la escala penal rígida de una pena de prisión o reclusión perpetua.

En el anteproyecto, al igual que el Código vigente, continúa existiendo la posibilidad de que un condenado a pena perpetua, a partir de los treinta y cinco años de cumplimiento, pueda solicitar la libertad condicional. En realidad, la novedad del anteproyecto en esta materia se encuentra en el artículo 14; texto que dispone:

"La libertad condicional no se concederá a los reincidentes salvo que hubiesen cumplido treinta y cinco (35) años de prisión y hubiesen concurrido los demás requisitos señalados en el artículo 13. Si la reincidencia fuera múltiple el plazo ascenderá a cuarenta (40) años.

Tampoco se concederá en el caso de condenados por delitos dolosos cometidos con violencia que hubiesen conllevado para la víctima graves daños a la salud o la muerte, salvo que hu-biesen transcurrido los plazos establecidos en el primer párrafo.

Se considerará que concurre uno de los casos previstos en el segundo párrafo si hubiese recaído condena por homicidio agravado, abuso sexual agravado, secuestro extorsivo o cualquier otra privación ilegal de la libertad agravada, trata de personas, tortura, desaparición forzada de personas, delitos de lesa humanidad, genocidio, delitos de guerra y terrorismo.

Tampoco se concederá en los casos de corrupción de menores, explotación de la prostitución, contrabando agravado, financiamiento del terrorismo y tráfico de estupefacientes".

Si se compara el tratamiento del texto del anteproyecto en esta materia, con otras legislaciones extranjeras, a la luz de las funciones del Derecho comparado, debemos señalar que no se ha hecho una indagación a fondo de las posibilidades que actualmente se ofrecen.

Es que, como bien lo han señalado algunos de los miembros de la Comisión que han objetado puntualmente esta regulación¹⁰, es indiscutible que el texto proyectado se ha quedado a mitad de camino. Y decimos esto porque, por un lado mantiene la prisión per-

¹⁰ Cfr., por ejemplo, la disidencia de Víctor María Vélez, en Anteproyecto. Código penal de la Nación Argentina, op. cit., p. 257 y siguientes.

petua pero, por otro, no sólo conserva aquellas limitaciones previstas por el artículo 14, según las leyes 25.892 y 27.375, sino que, además, ha ampliado las posibilidades de su aplicación con una fórmula abierta, como lo es la del párrafo 2°, del mencionado artículo; con lo cual, los riesgos de una pena perpetua existencial –esto es: literalmente de por vida–, si se sanciona este documento, serán altísimos. Es cierto que también se incluye una suerte de válvula de escape en el mismo párrafo 2° del mentado artículo 14 que permitiría el acceso a la libertad condicional cuando "hubiesen transcurrido los plazos establecidos en el primer párrafo". Sin embargo, la extensa duración del tiempo de condena que se exige (treinta y cinco o cuarenta años) resultan excesivamente prolongados; con lo cual, los problemas constitucionales que plantea las penas perpetuas, aún con esa posibilidad, se mantienen indemnes.

La segunda institución que queremos puntualizar es el seguimiento socio judicial, como una medida de seguridad posterior al cumplimiento de la pena.

El seguimiento socio-judicial está previsto en el artículo 10; al disponer que: "En los casos previstos por los artículos 80, 119, 120, 121, 122, 123,124, 125, 126, 127, 128, 130 y en el Libro Tercero del presente Código o aquellos delitos que hubieran sido calificados en la sentencia como constitutivos de violencia de género, el tribunal podrá ordenar que con posterioridad al cumplimiento de la pena impuesta, se disponga un seguimiento socio judicial al que el condenado estará obligado a someterse, consistente en medidas de vigilancia y asistencia destinadas a prevenir la comisión de nuevos delitos, por el período que se deberá establecer en la sentencia y el que no podrá superar de diez (10) años". Las medidas de vigilancia concretas, que pueden aplicarse individualmente o varias de ellas en conjunto son las siguientes: "1°) La obligación de estar siempre localizable mediante dispositivos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. 2°) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el órgano competenteestablezca. 3°) La obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el órgano competente señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo. 4°) La obligación de participar en programas formativos, la-

borales, culturales, de educación sexual u otros similares. 5°) La obligación de seguir tratamiento médico o psicológico externo, o de someterse a un control médico periódico. 6°) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del órgano competente. 7°) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano competente. 8°) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano competente. 9°) La prohibición de acudir a determinados lugares o establecimientos. 10) La prohibición de residir en determinados lugares o establecimientos. 11) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza."

El artículo 11, por su parte, prevé el carácter revisable de esta medida así como algunas generalidades respecto a este proceso de revisión. La norma en cuestión expresa:

"El órgano competente podrá revisar en todo momento la idoneidad de la medida de seguimiento socio judicial o el logro de su finalidad.

La revisión será obligatoria, por primera vez, a más tardar, en un (1) año desde su disposición, y deberá ser reiterada cada seis (6) meses, debiendo ser dejada sin efecto en caso de que existieran indicios serios de que el condenado se encontrase en condiciones de ajustar su conducta a la legalidad.

Para ello, deberán valorarse los informes emitidos por los profesionales que asistiesen a la persona sometida a las medidas, las evaluaciones del servicio penitenciario acerca dela situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reiteración delictiva.

El órgano judicial competente resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refiere el tercer párrafo, una vez oída a la propia persona sometida a la medida, así como al Ministerio Público Fiscal y las demás partes. En caso de solicitarlo, podrá oírse a la víctima aunque no hubiera sido parte en el proceso".

¿Hizo, la Comisión, al menos en estas materias, un buen uso de las experiencias extranjeras?

La impresión es que no.

Para llegar a esta conclusión es necesario realizar un recorrido que parta, precisamente, de las características que tiene una de las funciones particulares que se le asigna al Derecho comparado¹¹; concretamente como elemento auxiliar para realizar la formulación de la política legislativa de un Estado¹².

En efecto, la soberanía estatal, a la hora de crear el derecho nacional, no es cerrada ni absoluta, sino que se muestra abierta y relativa. "Las normas nacionales se crean (...), con mucha frecuencia, bajo la influencia, el trasplante, (...) la copia o la imitación a la tradición de materiales jurídicos extranjeros y comparados"¹³. Cuando se asume la necesidad de regular sobre determinada cuestión (trátese de introducir una institución novedosa o de modificar una ya existente) se acostumbra a tomar, como punto de partida, lo que previamente han establecido los ordenamientos jurídicos extranjeros; en especial, primeramente, respecto de los Estados pertenecientes a la misma familia jurídica y previa evaluación del prestigio intelectual de los productos normativos¹⁴; para, más tarde, extender

¹¹ Sobre las funciones del Derecho comparado en general, cfr. Cesano, José Daniel, Derecho penal comparado. Una aproximación metodológica, Ed. Brujas, Córdoba, pp. 65 a 83.

¹² Sobre esta función en particular, cfr. Cesano, José Daniel, "Consideraciones sobre algunas de las funciones del Derecho comparado", en Gustavo A. Arocena – José Daniel Cesano, Repensando los métodos y desafíos del Derecho penal del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Fabián I. Balcarce, Ed. Lerner, Córdoba, 2018, pp. 41/45.

López-Medina, Diego, "El nacimiento del Derecho Comparado moderno como espacio geográfico y comodisciplina: Instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina", International Law: RevistaColombiana de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Vol. 13, Núm. 27 (2015), p.120.

¹⁴ Dubois Léa, "Propos introductifs sur la circulation des modèles normatifs: tentative de définitions", en Lacirculation des modèles normatifs, Sous la direction de PAUL BOURGUES et CAMILLE MONTAGNE, Presses Universitaires de Grenoble, 2017, p. 23. En igual sentido se pronuncia Somma, Alessandro, Introduzioneal Diritto comparato, Editori Laterza, Roma, 2014, p. 125: "In letteratura si suole dire che la scelta del modello daimitare dipende prevalentemente da 'una qualità che non sappiamo come chiamare, se non

el relevamiento a los demás sistemas jurídicos que comparten similares valores y una concepción general sobre la forma de entender el rol que el derecho desempeña en una sociedad¹⁵. Por ello, en la actualidad, un legislador responsable, no puede prescindir "del trabajo comparativo previo (...), pues sólo mediante el conocimiento completo de lo que tiene vigor en el extranjero, se obtiene el 'acopio de provisiones' (...) disponible para una determinada tarea social"¹⁶.

Una buena muestra de esta actitud está representada por los trabajos previos de Derecho comparado que precedieron a la 2ª Ley para la reforma del Derecho Penal Alemán, del 4 de julio de1969, que modificó integralmente la Parte General del Derecho Penal material. En efecto, la preparación de esta reforma comenzó en 1953, bajo la iniciativa del entonces Ministro Federal de Justicia, Thomas Dehler. Él dio principio a esta gran empresa pidiendo informes a los principales penalistas alemanes acerca de los problemas fundamentales de la reforma, y encargado al Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg "la elaboración de amplios informes comparativos de la parte general y de la parte especial del Derecho penal"¹⁷.

Ahora bien, el estudio de experiencias foráneas no implica la simple importación de soluciones ni la imposición de sus figuras, "si no el estudio de la idoneidad de instituciones extranjeras a las necesidades o problemas nacionales" 18. Por eso, acertadamente, se ha señalado que un estudio comparativo no pretende copiar soluciones de propuestas extranjeras, sino adquirir ideas que puedan traer una solución de instituciones similares, susceptibles de ser trasplantadas y adaptadas a las condiciones locales 19.

con il nome prestigio".

¹⁵ Serra, Francisco, "La actualidad del derecho comparado", en Pedro Aullón Haro (Editor), Metodologías comparatistas y Literatura comparada, Clásicos Dykinson, Madrid, 2012, pp. 185/186.

¹⁶ Jescheck, Hans – Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte general, 4ª Edición, Ed. Comares, Granada, 1993, p.38.

¹⁷ Beristain, Antonio, "La reforma del Código penal alemán", Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Año 1969- Número 2, Madrid, p. 372.

¹⁸ Mancera Cota, Adrián, "Consideraciones durante el proceso comparativo", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N°121, Enero de 2008, p. 222.

¹⁹ En este sentido se pronuncia Tallon, Denis, "Comparative Law: Expanding

De lo expresado hasta aquí se puede inferir que el uso del Derecho comparado, en estos casos, está intimamente vinculado con el fenómeno de la circulación de los modelos normativos y, en consecuencia, con las delicadas cuestiones que dicho concepto supone.

La circulación se produce en diferentes escalas; pudiendo concretarse en la inspiración que, respecto de un determinado sistema receptor, produce una institución jurídica extranjera en particular²⁰. Sin embargo, como lo plantea Dubois, esta situación genera innumerables preguntas; las que traducen dificultades diversas. En efecto: "¿Cuáles son los instrumentos por los cuales se lleva a cabo esta circulación? ¿Cuáles son los factores que pueden explicarlas? ¿Cómo se imponen ciertos modelos normativos a los demás? ¿Cómo pueden participar los intercambios legales para mejorar o instrumentalizar la ley? ¿Cómo y por qué un Estado elige importar un nuevo modelo? ¿Cómo se adapta ese modelo?"²¹; son algunos de los interrogantes que un legislador atento debiera formularse y responder, antes de hacer su propuesta normativa, inspirada en preceptos extranjeros.

A lo recién expresado debe añadirse otro recaudo no menor, agudamente señalado por Somma: "No hace falta decir que la imitación de la ley extranjera, si no toma en cuenta el contexto en el que sus principios y reglas han madurado, o si lo hace de manera superficial, está destinada a resultar en una falla o al menos está condenada a producir resultados muy distantes de aquellos prefigurados por los imitadores"²².

Focalicemos ahora nuestra atención en la forma en que el anteproyecto reguló las dos instituciones que hemos analizado.

¿Qué podemos extraer de estas previsiones?

Varias cuestiones:

Horizons", The Journal of the Society of Public Teachers of Law, vol. X, 1968-1969, London pp. 265-272.

²⁰ Mure, Aurélie, "La circulation des modèles normatifs: la class action à la française", en La circulation…, op. cit.,p. 36.

²¹ Dubois Léa, "Propos introductifs sur la circulation des modèles normatifs: tentative de définitions", enLacirculation des modèles normatifs, op. cit., p. 31.

²² Somma, Introduzione..., op. cit., p. 54.

La primera es que hay una marcada necesidad de endurecimiento del sistema penal e, incluso, de aumentar los controles respecto de las personas que han delinquido y cumplido su pena, a través de la imposición de esta nueva medida de seguimiento socio judicial. Es más: en relación a este endurecimiento punitivo hay una curiosa declaración retórica, transformada en artículo, que proclama la obviedad de que "Las penas serán de cumplimiento efectivo, salvo en los supuestos en los que expresamente este Código disponga lo contrario" (art. 5°, 3° párrafo). Esto siempre fue así: los jueces no pueden imponer sanciones que no sean efectivas; a menos que resulte aplicable la condena de ejecución condicional; prevista tanto en el Código actual como en el documento que analizamos. Creemos que este curioso texto proyectado es una clara muestra de una previsión meramente simbólica, que se ha colocado como slogan para responder a otro slogan, en este caso proveniente de los mass media, y que se queja, permanentemente, de que la judicatura puede disponer a su antojo cuándo una pena es efectiva o cuándo una pena puede no serlo o que puede acortar la ejecución de éstas caprichosamente. Los juristas sabemos que esto no es cierto y sin embargo, para tranquilizar a la opinión pública, la comisión entendió necesario incluir semejante cláusula; descalificable, desde el punto de vista de la técnica legislativa, por ser sobreabundante, y desde las motivaciones, por su tinte demagógico.

En segundo lugar, y como ya lo anticipamos, la comisión optó por la continuidad de una vieja tradición legislativa argentina que consideraba admisible la pena de prisión perpetua. El problema es que, aquella tradición, en su puridad originaria, se caracterizaba, en todo caso, por zafar de la tensión que provoca una perpetuidad real, a través de una regulación bastante razonable de la libertad condicional. Y en este sentido, las reformas posteriores a este instituto, han vaciado de razonabilidad al sistema; con el catálogo de delitos excluidos por el artículo 14 y, ahora agravado, además, con la cláusula abierta que propone el mismo artículo, según la redacción del anteproyecto.

Por eso, decíamos, que aquí la comisión se ha quedado a mitad de camino, intentando, con la regla de la disposición final del párrafo 2°, del mentado artículo 14, entreabrir una rendija – es tan mínima que ni siquiera podemos decir que abrió una puerta –

frente a esta grave situación. En este aspecto, consideramos, que la comisión no hizo un buen trabajo con el Derecho comparado. Y sostenemos esto porque existen instituciones en el Derecho extranjero que, sin renunciar a las penas perpetuas, prevén mecanismos de revisión judicial. Y este es un aspecto en donde un uso adecuado del Derecho comparado podría haber aportado alguna solución más racional a la cuestión. Nos referimos, concretamente, a las uspensión de la cadena perpetua, prevista por la legislación alemana²³.

Aquí, creemos, que debemos detenernos, un instante, para precisar varias cosas.

Por una parte, personalmente, estimamos que la prisión perpetua presenta graves problemas de constitucionalidad. De allí que, en nuestra opinión, lo correcto hubiese sido establecer un máximo legal para esta especie de pena; de manera tal que siempre fuese una pena temporal.

Ahora bien, si de acuerdo a nuestra tradición legislativa la perpetuidad se admite –y de hecho se la viene considerando admisible, incluso desde una perspectiva jurisprudencial–; también hubiese sido conveniente, continuando con aquella tradición casi centenaria, prever remedios eficaces que hagan posible neutralizar, en alguna buena medida, las tensiones constitucionales que provoca aquella perpetuidad. Una de estas instituciones es la libertad condicional, razonablemente regulada; tal como la establecía el Código de 1921 o como lo hacen otras legislaciones extranjeras más modernas.

En efecto habiendo sistemas legislativos que han conservado la pena de prisión perpetua, la comisión no introdujo la solución que aquellos mismos modelos poseen para morigerar sus problemas de constitucionalidad.

En el Derecho continental europeo, para continuar en nuestra tradición jurídica, el Código penal alemán prevé una institución que, estimamos, da una respuesta racional a este problema, sin re-

²³ En España se prevé, a partir de la Ley Orgánica Nº 1/2015, que modificó el Código Penal, la pena de prisión permanente revisable. Como veremos en el texto, el sistema español estableció (art. 92) requisitos temporales mucho más exigentes que otras legislaciones europeas, para que un condenado, castigado con esta especie de pena, pueda acceder a su revisión.

nunciar a la pena de prisión perpetua. Nos referimos, puntualmente, a la suspensión de la pena. Brevemente nos detendremos en la regulación del instituto por parte de esta legislación.

El StGB, en su parágrafo 38, párrafo 1°, establece el principio general de que la pena privativa de libertad es temporal, salvo que la ley imponga cadena perpetua. De esta manera, la pena privativa de libertad se configura "como una excepción a la pena de prisión ordinaria, estableciéndola el legislador de manera indefinida sólo en supuestos extraordinarios"²⁴.

Por otra parte, en este sistema, la cadena perpetua no se prevé siempre como sanción obligatoria, sino que, en algunos casos, se permite al juzgador su imposición facultativa; contemplándose de forma alternativa a una pena de prisión temporal²⁵.

Esta regulación –señala Roig Torres– ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, "que justificó su aplicación preceptiva en el delito de asesinato"²⁶.

Hasta el año 2002, el Código penal alemán preveía la cadena perpetua de forma automática sólo en dos tipos de delito: el asesinato – equiparable a nuestros homicidios calificados – y el genocidio. Actualmente esta situación se mantiene respecto de aquellas figuras, pero se ha ampliado el catálogo de delitos a los que se asocia, como pena ineludible, la cadena perpetua, a raíz de los convenios internacionales que regulan los delitos humanitarios; originando infracciones que están reguladas por una ley penal especial. Dicha ley impone cadena perpetua para dos categorías de delitos: los crímenes de lesa humanidad y los crímenes contra las leyes de la guerra. Junto a estos cuatro casos de delitos castigados con pena privativa de la libertad perpetua, la legislación alemana también prevé otras figuras en donde hay una aplicación facultativa; por cuanto el legislador estableció una conminación alternativa con pena temporal; quedando la selección de la pena en mano de los jueces. Así, en la Ley de Introducción del Código Penal Internacional hay algunas figuras

²⁴ Roig Torres, Margarita, La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable, Ed. Iustel, Madrid, 2016, p. 29.

²⁵ Roig Torres, La cadena perpetua..., op. cit., p. 29.

²⁶ Roig Torres, La cadena perpetua..., op. cit., p. 29, nota 6; en donde se detalla las referencias del fallo, en estos términos: BVerfGE 45, 187; 62.

que admiten la construcción de una sanción que incluye una alternativa entre la cadena perpetua y, como sanción opcional, una pena de prisión de al menos cinco años; como sucede con algunas conductas típicas (V.gr. la sumisión a condiciones de vida que pretendan destruir a la población o causar lesiones graves a prisioneros). Asimismo, esta posibilidad está permitida en diversas infracciones delictuales previstas en el Código; cual sucede con: homicidio, alta traición, abuso sexual a menor seguido de muerte, coacción sexual y violación seguida de muerte y robo seguido de muerte.

Ahora bien, lo que caracteriza a este sistema es, justamente, la posibilidad de suspensión de la pena; aun tratándose de una cadena perpetua. Esta situación está prevista en el parágrafo 57 a) del Código vigente, norma que establece:

- "(1) El tribunal suspende la ejecución del resto de la pena privativa de la libertad perpetua para concederla libertad condicional cuando:
 - 1. se hayan cumplido quince años de la pena
- 2. la especial gravedad de la culpa del condenado no imponga el ulterior cumplimiento; y,
 - 3. existen los presupuestos del § 57 inciso 1 frase 1 numeral 2 y 3.
- (3) La duración del período de libertad condicional es de cinco años. (...)
- (4) El tribunal puede fijar plazos máximos de dos años, antes de cuyo vencimiento es inadmisible que el condenado presente una petición en el sentido de suspender el resto de la pena".

Las remisiones efectuadas en el número 3) al parágrafo 57, inciso 1) Frase 1, numerales 2 y 3, implican la exigencia de dos requisitos adicionales; a saber: a) la suspensión demanda, además, la particular consideración al interés de seguridad de la comunidad; y b) el condenado debe prestar su consentimiento para la aplicación del instituto.

Como hemos mencionado ya²⁷, el Código penal español, a partir de la reforma operada en el año 2015, introdujo el instituto de la prisión permanente revisable en el actual artículo 92. En relación a la situación española, previamente, debe recordarse que, antes de esta ley, España había abolido la pena de prisión perpetua; estableciendo que la pena de prisión siempre debía ser temporal y no superior a los 20 años (artículo 36). Sin embargo, en el texto vigente se volvió a incluir la pena perpetua; estableciéndose esta nueva institución como un mecanismo que trata de atemperar los problemas constitucionales de la perpetuidad. La doctrina española sostiene que esta enmienda se inspira en la legislación alemana; aunque advierte importantes diferencias, que la alejan de aquel modelo y la tornan altamente cuestionable. En tal sentido, lo primero que se advierte es el tiempo mínimo de cumplimiento exigido; 15 años en el caso alemán y 25 años en el español. Pero además, "en el Código penal alemán ese [15 años] es un término único, sin que se recoja un tiempo mayor para ningún supuesto, como sucede con el artículo 78 bis CP [español], donde se contemplan períodos de hasta 35 años en ciertos casos de concurrencia de delitos"28. Esta diferencia sustancial que existe en orden al período mínimo de cumplimiento es, justamente, lo que en el sistema español ha llevado a la doctrina a cuestionar la adecuación de esta pena al texto constitucional y, en particular, al principio de resocialización del artículo 25. 2 de la Constitución de aquel país²⁹. Recientemente, y a sólo título ilustrativo, Sergio Cámara Arroyo y Daniel Fernández Bermejohan concluido en relación a esta pena expresando que: "La prisión permanente revisable es una pena incierta. Se trata de una verdadera sentencia indeterminada. Se trata de una pena grave, de naturaleza aflictiva y carácter simbólico, pues priman en ella la finalidad preventivo general (positiva y negativa) clásica del Derecho penal. En este sentido, puede decirse sin empacho alguno que la prisión permanente revisable supone en nuestro ordenamiento penal el reverso del art. 25.2 CE puesto que invierte el mandato de orientación

²⁷ Vid. Nota n° 24.

²⁸ Roig Torres, La cadena perpetua..., op. cit., p. 38.

²⁹ Roig Torres, La cadena perpetua..., op. cit., p. 41.

preventivo –especial dirigido a nuestro legislador. La pena de prisión permanente revisable es, además, tiránica debido a su imperativa imposición en todos los supuestos en los que se recoge sin mayores alternativas. Es, una pena imposible de individualizar. Aunque se haya definido como una pena autónoma, la naturaleza jurídica de la prisión permanente revisable flirtea con la medida de seguridad, toda vez que hace depender la liberación del penado de un pronóstico de peligrosidad"³⁰. Y hemos mencionado esta regulación porque, aunque más gravosa que la alemana, resulta indudablemente mucho menos dura que la regulada en el anteproyecto analizado; documento que, en otras materias, ha abrevado en la legislación española como fuente.

Volviendo a la regulación del anteproyecto es evidente que éste ha omitido la consideración del instituto, tal como lo regula la legislación penal alemana. Es más: ni siquiera se aproxima al modelo, mucho más severo, que representa el Código español -también objetable- ya que, en éste, como regla, la revisión procede a los 25 años; en tanto que en el texto nacional este plazo se extiende a 35 o 40 años. Es indudable que semejantes plazos de cumplimiento como los establecidos en la disposición que comentamos no sólo obstaculiza el desarrollo de la reinserción social del penado -garantida por los artículos 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, C.N.) -sino que se opone frontalmente a él. Es que, como ha dicho la doctrina española con un texto más indulgente- aunque por lo ya expresado también cuestionable: "(...) sólo quien carezca de una mínima capacidad de empatía o no haya tenido jamás contacto alguno con el mundo penitenciario puede afirmar seriamente que el internado en una cárcel durante un período tan prolongado con el previsto como mínimo antes de revisar la pena de prisión permanente, no está abocado a convertirse en un serio obstáculo para la reincorporación del penado, ya rehabilitado, a la vida en libertad, y hasta cabría afirmar, para su misma supervivencia personal"31.

³⁰ Cámara Arroyo, Sergio – Fernández Bermejo, Daniel, La prisión permanente revisable: el ocaso del humanismo penal penitenciario, Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 242.

³¹ Saéz Rodríguez, C., "Comentarios acerca del sistema de penas en la pro-

Creemos que la comisión hubiese sacado un buen provecho de los usos del Derecho comparado si hubiera adoptado el modelo, mucho más racional, que ofrece la ya aludida codificación alemana. Es que, las ventajas del instituto de la suspensión de la pena son infinitamente superiores al del texto proyectado. Como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional alemán en su sentencia del 24 de abril de 1986: "Contra lo dispuesto en el parágrafo 57 a StGB no cabe alegación de inconstitucionalidad alguna. Con su introducción, el legislador ha cumplido con el requisito constitucional de que un condenado a cadena perpetua tenga la posibilidad concreta, realizable, de recuperar su libertad en un momento posterior... La norma supone una protección de la dignidad humana. Se infringiría el núcleo de la misma si el condenado a pesar del desarrollo de su personalidad tuviera que renunciar a toda esperanza de libertad y por lo tanto se supiera condenado a morir bajo custodia; y esto rige igual para personas responsables de delitos cuya culpabilidad sea especialmente grave... El legislador recoge las condiciones en que se suspenderá la ejecución de la cadena perpetua, otorgando al preso la libertad condicional, dentro del marco establecido por la Ley Fundamental".32

Analicemos ahora la medida de seguridad de seguimiento socio judicial. Se trata de una medida complementaria a la pena de prisión y cuya ejecución comienza con el agotamiento de aquélla. En este caso, pareciera que esta sanción se ha inspirado en la legislación penal francesa³³.

¿Cómo se ha regulado en Francia dicha institución?

El Código penal francés establece que para ciertos delitos y crímenes– primero sólo se refería a agresiones sexuales graves y luego lo extendió a otras figuras, tales como asesinato, homicidio, tortura

yectada reforma del Código Penal español", InDret. Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, N° 2, 2013, p. 11.

³² Roig Torres, La cadena perpetua..., op. cit., p. 53.

³³ Así opina Cuellar, Gustavo Gabriel, "Anteproyecto de Código Penal 2018. ¿Claves del nuevo código penal de argentina?", p. 5. Disponible en http://www.pensa mientopenal. com.ar/syste m/files/2018/0 7/doctrina467 88.pdfp.Acced ido23/03/2019. Al respecto el autor señala: "Se incorpora el seguimiento socio-judicial como una medida de seguridad posterior al cumplimiento de la pena, siguiendo el modelo del Código Penal de Francia".

o actos de barbarie –el juez puede ordenar el encarcelamiento y una medida de supervisión que se aplicará después de la privación de libertad³⁴. Se trata de una auténtica medida de seguridad³⁵, denominada suivi socio– judiciere –esto esseguimiento socio judicial–, quese encuentra definida en el artículo 131-36-1 del Código citado.

La medida implica, para la persona condenada, la obligación de someterse, bajo la supervisión del juez de ejecución y por un período determinado por el tribunal de sentencia, a diversas medidas de supervisión y asistencia, para prevenir la reincidencia.

La duración del seguimiento socio judicial no puede exceder de diez años, en caso de condena por delito, o veinte años, en caso de condena por crimen.

La medida comienza a cumplirse desde el día que finaliza la privación de libertad a título de pena³⁶.

El seguimiento socio judicial se dispone siempre que tras una pericia médica se constate la persistencia de la peligrosidad y la necesidad de la medida³⁷, en función de los fines preventivos de comisión de un futuro delito; y en tanto resulten insuficientes otras alternativas, tales como la inscripción en los ficheros judiciales nacionales automatizados de autores de infracciones sexuales o violentas³⁸.

³⁴ Pradel, Jean, Droit Pénal comparé, 4e édition, Dalloz, Paris, 2016, p. 749.

³⁵ Pradel, Droit..., op. cit., p. 749.

³⁶ Dispone, en este sentido, el artículo 131- 36- 5 del Código Penal: "Lorsque le suivi socio-judiciaire accompagne une peine privative de liberté sans sursis, il s'applique, pour la durée fixée par la décision de condamnation, à compter du jour où la privation de liberté a pris fin".

³⁷ Al respecto señala Martínez Mora, Gema, Alternativas jurídicas al tratamiento penal de la delincuencia habitual, JB Bosch Editor, Barcelona, 2015, p. 73/74: "Una Comisión pluridisciplinar de medidas de seguridad evaluará la peligrosidad sobre la base de un examen pericial médico realizado por dos expertos que han de observar al condenado durante se emplazamiento en un servicio especializado por un tiempo no inferior seis semanas".

³⁸ Requejo Rodríguez, Paloma, "Peligrosidad criminal y Constitución", In-Dret. Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Julio de 2008, pp. 9/10.

La medida supone no sólo someter al sujeto que ha cumplido con la pena privativa de libertad a la continuidad de una vigilancia electrónica sino que, también, en virtud de la remisión realizada por el artículo 706-53-19 del Código Procesal Penal, a los artículos 132 – 44 v 132 – 45 del Código Penal, podrán imponérsele todas o algunas de las medidas de supervisión y asistencia allí mencionadas; entre las cuales destacan: responder a las citaciones del juez de sentencia o del trabajador social designado para la supervisión del caso; recibir las visitas del trabajador social y comunicarle la información o documentos que puedan permitirle controlar sus medios de existencia y el cumplimiento de sus obligaciones; informar al trabajador social de los cambios laborales, de residencia o de cualquier viaje que dure más de quince días, dando cuenta de su regreso; requerir autorización al juez para cualquier viaje al extranjero; obtener una actividad profesional o continuar su educación o formación profesional; establecer residencia en un lugar determinado; someterse a un examen médico, tratamiento o atención, incluso bajo hospitalización³⁹; justificar que contribuye a los gastos familiares; reparar total o parcialmente, dependiendo de su situación económica, el daño causado por el delito; justificar que, de acuerdo con sus poderes contributivos, paga las sumas adeudadas al Tesoro Público; abstenerse de conducir ciertos vehículos; no participar en la actividad con motivo de cuyo ejercicio cometió el delito; no ejercer una actividad que implique un contacto habitual con menores; abstenerse de concurrir a determinados lugares especialmente designados; no participar en apuestas; no relacionarse con otros sujetos condenados, en particular con los autores o cómplices de la ofensa en la que participó; abstenerse de entablar relaciones con ciertas personas, incluida la víctima, o ciertas categorías de personas, y en particular los menores; no tener ni portar armar; y, en el caso de un delito cometido contra su cónyuge, su pareja o sus hijos o los hijos de su cónyuge abstenerse

³⁹ Según el artículo 132 – 45 del Código Penal, estas medidas pueden consistir en el requerimiento terapéutico previsto en los artículos L. 3413-1 a L. 3413-4 del Código de Salud Pública, cuando la persona condenada está consumiendo drogas o bebidas alcohólicas en forma habitual o excesiva. En tales el juez de ejecución enviará una copia de la decisión que ordena estas medidas al médico o psicólogo que debe seguir a la persona condenada.

de concurrir al lugar de residencia de aquéllos; debiendo, además, recibir, de ser necesario, atención médica, social o psicológica especializada.

Retornemos, nuevamente, al artículo 10 del proyecto. De su lectura es posible advertir una diferencia sustancial con el texto que le habría servido de modelo: la necesidad de un dictamen pericial que justifique la medida; en función de la probabilidad de peligrosidad en el autor, que exige la legislación francesa y que, el anteproyecto sólo considera necesario a los efectos de la revisión de la medida, desde la perspectiva de su duración.

Igualmente debemos destacar que, tal cual sucediera con el artículo 14 ya analizado, dentro de la comisión, tres integrantes se opusieron a la inclusión de esta medida⁴⁰.

Así, en su disidencia conjunta, Fernando Córdoba y Patricia Ziffer señalaron: "Dentro del marco del sistema de consecuencias jurídicas del hecho no compartimos la incorporación de reglas de seguimiento judicial pos condena establecidas en los arts.10 y ss. Las objeciones contra el sistema propuesto, como se expresó durante el debate en comisión, se vinculan no solo con las dificultades prácticas para el efectivo control eimplementación de este sistema, sino, fundamentalmente, con su inserción como medidas preventivas accesorias de penas ya cumplidas extremadamente prolongadas. Si bien estuvimos de acuerdo en que podrían ser aceptables medidas de esta naturaleza, si ellas se adicionan a penas ya de por sí muy intensas, su función preventivo especial queda desvirtuada. A ello se agrega que el único criterio que entendimos posible para fundar una medida de tan alto grado de injerencia es la violencia del delito, sumado al esfuerzo argumental explícito que debería realizar el tribunal para justificar por qué razón considera que, tras la pena, aún podría ser esperable la comisión de delitos similares" (cfr. Anteproyecto, op. cit., p.170). Por su parte, Patricia Llerena expresó: "No comparto la imposición de 'un seguimiento socio judicial' ni de 'una custodia de seguridad' -supuestos aceptados por los integrantes de la comisión con distintos votos-. En ambos casos se establece que dichas medidas, cuya imposiciones optativa para los jueces, serán impuestas con relación a los condenados por algunos delitos, 'con posterioridad al cumplimiento de la pena impuesta'. En primer término, tengo presente que dichas medidas serán impuestas sobre personas que ya han cumplido la pena que les fuera impuesta por los magistrados, y que en algunos casos, conforme lo establece el artículo 14 del anteproyecto -recogiendo la disposición actualmente en vigencia del artículo, texto según Ley 27.375- no admiten libertad condicional. La fijación del monto de pena se relaciona con la establecida para cada delito, yen el anteproyecto, en el Título VIII sobre 'Pautas para la determinación

IV. Sobre los usos del Derecho comparado en la labor de redacción del anteproyecto: Algunas reflexiones conclusivas

El saldo que nos ha dejado el anteproyecto con respecto a los usos que se hicieron, en los trabajos preparatorios, con relación al Derecho comparado deja un sabor un poco amargo.

El empleo del Derecho comparado, como elemento auxiliar para coadyuvar a la realización de un producto legislativo del Es-

de las sanciones' se incluyen circunstancias atenuantes y agravantes, a los fines de fijar la pena en su tercio mínimo o máximo. La pena que se impone debe tener en consideración la culpabilidad del autor, debiendo ser su quantum proporcional a ella. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que 'La medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia(...) No se pena por lo que se es, sino que por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor' (CSJN 'Maldonado, Daniel Enrique' del 7/12/05, Fallos328:4343, considerando 36). En el mismo sentido, se estableció que 'La Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de las personas consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad, sino la conducta lesiva llevada a cabo' (C.S.J.N. 'Gramajo'; resuelta el 5/9/2006; Fallos 329:3680, en especial considerando 18).Con ello como norte, considero que las medidas impuestas luego del agotamiento de la pena, no se basan en un derecho penal de acto, sino en la peligrosidad del autor. Las medidas que se incluyen son restrictivas de derechos respecto de una persona que, habiendo sido juzgada por lo que hizo, y como consecuencia de ello habiendo sufrido efectivamente un reproche penal, sigue siendo sometida al control -bajo distintas denominaciones- del Estado. Por ello, entiendo que a través de estas medidas se pretende imponer a una persona conductas, hábitos, restricciones a derechos por lo que esa persona es, y no por lo que hizo, ya que para este último supuesto, ya cumplió la pena ponderada a partir de lo establecido para cada delito y por los jueces sobre la base de las circunstancias atenuantes y agravantes. (...)".(cfr. Anteproyecto, op. cit., pp.245/246).

tado, debe estar rodeado de diversos resguardos; si es que se quiere arribar a buen puerto. Aquí mencionaremos dos: a) por una parte, un esfuerzo serio tendente a detectar cierta similitud entre las tradiciones legislativas de los textos extranjeros que se utilizan como fuente y b) por otro, un estudio de las orientaciones político criminales a las que responde la institución que pretende trasplantarse; de manera tal de evaluar la mayor o menor proximidad o alejamiento que existe, al momento de proyectar la reforma, entre aquélla y la orientación presente en la legislación que se intenta modificar. Brevemente nos detendremos en ambos aspectos.

En primer lugar, la necesidad de verificar la proximidad entre las tradiciones jurídicas que se pretenden imitar.

Por de pronto no es suficiente con prestar atención a un solo formante; en este caso, la norma jurídica que se quiere trasplantar. Este conocimiento, si bien necesario, no es suficiente. Por el contrario, aquella información debe necesariamente completarse incluyendo, además, "el sistema interno en su origen, en su evolución, en sus principios fundamentales, en sus fuentes, en sus procedimientos de aplicación, en su espíritu y en su contexto general de valores"⁴¹.

Al respecto, no se realiza un trabajo satisfactorio, desde la perspectiva del empleo de esta función del comparatismo cuando, en el mismo "lienzo" del texto normativo que se proyecta, se yuxtaponen propensiones extranjeras sin su contexto; lo que se explica porque, en un caso, no es posible determinar la tradición a la cual responden o, aún cuando sea posible identificarlas, esta acumulación, cuando es irreflexiva o descuidada, termina por privarlas "de cualquier significado contextual" 42.

⁴¹ Ancel, Marc, Utilità e metodi del diritto comparato. Elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 96.

⁴² Samuel, Geoffrey, "All that heaven allows: are transnational codes a 'scientific truth' or are they just a form of elegant 'pastiche'?", Methods of Comparative Law, Edited by Pier Giuseppe Monateri, Research Handbooks in Comparative Law, Series Editors: Francesco Parisi and Tom Ginsburg, Published by Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK – Northampton, M.A., USA, pp. 181/182.

Prestar atención a la tradición a la que pertenece la norma de importación es una cuestión central y requiere de diversas destrezas. Ante todo, se trata de una tarea que exige una metodología interdisciplinaria⁴³; que no puede ser insensible a las aproximaciones de la historia jurídica.

Volvamos la atención un instante en la regulación que, de la libertad condicional para las penas perpetuas, realizara el Código penal de 1921. Fue este Código el que introdujo, en nuestro sistema jurídico, desde aquel entonces, tal institución; en reemplazo de la gracia, que establecía el Código anterior (1886). Los antecedentes inmediatos del Código de 1921 se encuentran en los proyectos de 1891 y de 1906. El proyecto de 1906, justamente, admitió la libertad condicional en relación a las penas privativas de la libertad perpetua; extremo que no admitía el proyecto de 1891. Por su parte, durante el trámite parlamentario del Código de 1921, en la revisión del Senado, se trató de limitar nuevamente la institución para estas situaciones (pena perpetua) lo que fue rechazado por la Cámara de diputados, expresando, al respecto, los miembros de la Comisión: "Pocas legislaciones niegan la libertad condicional a los condenados a perpetuidad (...), y las que la conceden señalan un plazo mínimo de encarcelamiento que va de cinco años (...), a diez (...), doce (...), quince (...), y veinte (...). El artículo 13 del proyecto en revisión, exige, para la concesión del beneficio, el cumplimiento de veinte años de condena, lo que no constituye, por cierto, exceso de benig-

⁴³ Samuel, Geoffrey, An Introduction to Comparative Law. Theory and Method, Oxford and Porland, Oregon, 2014, edición Kindle, posición 676, ha señalado que esta concepción epistemológica tiene una larga tradición en los estudios comparativos. Según el autor: "Esta necesidad de un enfoque interdisciplinario del derecho comparado es uno de los otros puntos destacados por Pierre Legrand. Según este comparatista, además del compromiso con la teoría, también debe haber un compromiso con la interdisciplinariedad. [La] 'Ley', dice él, 'no existe en el vacío; es un fenómeno social aunque solo sea porque, como mínimo, opera dentro de la sociedad'. En consecuencia, 'el comparatista debe darse cuenta de que puede aprender mucho de lo que tiene una relevancia directa para su trabajo de la antropología' (...) Además, agrega, hay muchas cosas que podrían ser de utilidad para el comparatista en el campo de la psicología cognitiva, ya que este 'campo de investigación puede arrojar luz sobre cuestiones tan fundamentales como cuánto puede un abogado francés entender el derecho inglés'" (La traducción nos corresponde).

nidad. No es conveniente suprimir el beneficio [de la libertad condicional para las penas perpetuas], sobre todo si se considera que la libertad es revocable y que el liberado puede ser sometido, durante cinco años, al cuidado de un patronato. La libertad condicional es un estímulo de buena conducta, un germen de enmienda, una prima ofrecida al detenido arrepentido, y no conviene eliminar este poderoso resorte, que influye eficazmente en la conducta del condenado durante el cumplimiento de la pena"⁴⁴.

Asimismo, entre las fuentes externas utilizadas por el proyecto de 1906, al regular este instituto, se encontraba el Código penal alemán, del 15 de mayo de 1871⁴⁵ y el Proyecto de Código Penal Alemán de 1919; que Moreno, expresamente lo reconoce como fuente. Este último texto es muy importante al introducir una innovación central respecto del Código de 1871, y que se reflejó en nuestro artículo 13: nos referimos a que la libertad condicional se otorgaba también a los condenados a la pena perpetua de casa de disciplina (la más grave de las contenidas en el proyecto, luego de la de muerte) que hubiesen cumplido quince años de su pena.⁴⁶

Apuntamos estos aspectos porque, creemos, que apartarse de la tradición legislativa local e, incluso, de la tradición en la que abrevan las fuentes externas, constituye una metodología inadecuada. En este caso, observamos que la utilización prudente del Derecho comparado podría haber preservado una regla en relación a la libertad condicional para la prisión perpetua, menos traumática a la que, finalmente, se redactó. Es que, si las tradición legislativa de la norma originaria y de uno de los modelos en las que se inspiró, permitían una solución congruente con nuestros principios constitucionales, su abandono constituye, por lo menos, una imprudencia.

⁴⁴ Moreno, Rodolfo (hijo), El Código Penal y sus antecedentes, H.A. Tommasi, Editor, Bs. As., 1923, p. 78.

⁴⁵ Cfr. Nota de elevación, en Proyecto de Código Penal (1906), incluido en Zaffaroni, Eugenio Raúl – Arnedo, Miguel Alfredo, Digesto de codificación penal argentina, T° 3, A- Z Editora, Madrid, 1996, p. 268.

⁴⁶ Al respecto, Caballero, José S., El significado doctrinario y jurisprudencial de la libertad condicional regulada por el Código Penal, Ediciones Lerner, Córdoba, 1964, p. 43. Este autor reconoce al Código alemán y al proyecto considerado por Moreno, como una de las fuentes externas más importantes de esta institución.

38 José Daniel Cesano

En segundo lugar, aunque también con cierta vinculación con la exigencia anterior, la imitación de determinados modelos requiere prestar particular atención a los lineamientos que caracterizan a las políticas criminales de los diversos Estados que intervienen en este proceso; es decir: ver los contextos político criminales –sus semejanzas y sus diferencias– entre el Estado importador y el que elaboró la institución importada. Se trata aquí de evaluar las políticas criminales de cada Estado, al tiempo en que se intenta legislar sobre la base de determinado modelo.

No es lo mismo importar un modelo proveniente de la legislación sueca que de otros países Europeos. Y no lo es porque, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Francia, la tradición político criminal del país escandinavo se caracteriza, entre otros aspectos, por tratarse de una cultura política basada en el consenso, una alta confianza en las instituciones, una la baja presión social sobre la política, un significativo papel reservado a los expertos y una tradicional "despolitización" de la cuestión penal en el pensamiento socialdemócrata⁴⁷; caracteres que no suelen estar presentes, como veremos enseguida, en la política criminal francesa.

Esto tiene relevancia para ponderar la calidad del modelo legislativo que se importa; exigiendo, especialmente, ver si, en los propios contextos de la legislación en que la reforma se inspira, no existieron ya dificultades con la institución que pretende imitarse.

Retornemos, de nuevo, al anteproyecto. La medida de seguridad de seguimiento socio judicial que se introdujo, como lo hemos señalado, proviene del Código penal francés. Ahora bien, esta inclusión se debió, en aquél país, a enmiendas posteriores al Código de 1992 (vigente a partir de 1994); reformas (una de 1998 y otra de 2008) que parten de una idea político criminal que pretende alzaprimar la protección del orden público y el valor seguridad. Al respecto, Pradel ha dicho: "Cabe señalar, sin embargo, que en su preocupación por proteger el orden público, las autoridades (...)

⁴⁷ Maroto Calatayud, Manuel, "Evaluación y racionalidad político – criminal en los procedimientos legislativos: El ejemplo de Suecia", en Adán Nieto Martín – Marta Muñoz de Morales Romero – José Becerra Muñoz (dirs.), Hacia una evaluación racional de las leyes penales, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 181/185.

tienen la intención de dejar un lugar pequeño para el Estado de Derecho y el principio de un juicio justo"; aclarando que estas orientaciones se manifiestan formalmente a través de una gran profusión de nuevos textos legislativos y expresando que, en el caso particular de Francia, "entre 2007 et 2012, on compte une bonne douzaine de lois pénales d'inspiration répressive"; entre las cuales menciona a la aludida reforma del 25 de febrero de 2008. 48 Estos productos normativos no están exentos de problemas. Buena muestra de ello es que apenas aprobado el texto de 2008, su sanción desató en Francia "una gran polémica, en tanto fue visto por muchos como un 'cambio radical', una 'revolución jurídica' del derecho francés. Ello hizo que sesenta diputados y el mismo número de senadores recurrieran el proyecto ante el Consejo Constitucional"49, por considerarlo inconstitucional; específicamente en orden a la retención de seguridad. Y aun cuando, el Consejo, parcialmente la validó, no existen dudas que la opinión jurídica media era plenamente consciente de los problemas que la norma deparaba.

Y aquí cabe una nueva reflexión: ¿para que emplear modelos políticos criminales que responden a orientaciones que, en su propio ámbito cultural se observan con desconfianza?

Es más: piénsese que nuestro artículo 52 del Código Penal vigente, que prevé, desde 1921, el instituto de la reclusión por tiempo indeterminado –institución que fue caracterizada por buena parte de la doctrina como una auténtica medida de seguridad– fue declarado inconstitucional por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Gramajo"⁵⁰; con lo cual, es obvio también que los climas de la doctrina judicial vernácula en relación a este tipo de medidas post cumplimiento resulta adverso.

Si ya esto es preocupante, aún lo será más si advertimos que no hay ninguna previsión en relación a quien va a controlar esta medida. Si se sigue a la legislación francesa, lo lógico es que tal contralor lo hagan los jueces de ejecución. Y aquí cabe un nuevo

⁴⁸ Pradel, Droit..., op. cit., pp. 897/898.

⁴⁹ Requejo Rodríguez, "Peligrosidad criminal...", op. cit., p. 10. El Consejo se pronunció sobre esta ley a través de su Decisión nº 2008-562 DC, 21.2.2008 (JO 26.2.2008 p.3272).

⁵⁰ Resuelta el 5/9/2006, Fallos 329:3680.

40 José Daniel Cesano

interrogante: ¿nuestra judicatura especializada cuenta con los medios humanos y presupuestarios suficientes para esta tarea?

La pregunta no es baladí porque, la eficacia de una institución debe ser evaluada en todas sus dimensiones: de nada sirve imitar instituciones si no sabemos cómo funcionan en el país de origen y sí, en caso que resulte un medio político criminal idóneo imitable, tampoco conocemos si nuestra debilitada justicia de ejecución tiene los medios para efectivizar aquel control.

Ha señalado Pegoraro que, en la praxis, "los trabajos preparatorios de las leyes de varios países evidencian una predilección marcada por el formante normativo. Los legisladores, en otras palabras, aman más (...) citar las soluciones normativas Anclade otros sistemas" Ahora bien, esta observación paralela y especular de textos normativos, que caracteriza la utilización del Derecho extranjero no es satisfactoria porque, desde la perspectiva del Derecho comparado, raramente permite ver la complejidad que subyace a la fuente utilizada. No hay que olvidar que, detrás de cada ley "existe la cultura jurídica de un país" Por eso, "el grado de percepción de la utilidad de estudiar experiencias extranjeras depende también de las políticas de la universidad, de la selección del personal que asiste a los legisladores (...), en definitiva, de factores internos que influyen en la homogeneidad o heterogeneidad del derecho en su conjunto, incluyendo la legislación, la jurisprudencia y la doctrina" de la selección del personal que asiste a los legislación, la jurisprudencia y la doctrina".

⁵¹ Pegoraro, Lucio, Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho Constitucional comparado, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 107.

⁵² Pegoraro, Teoría..., op. cit., p. 109.

⁵³ Pegoraro, Teoría..., op. cit., p. 109.

En torno al Derecho Comparado

Su razón de ser

MARCELO URBANO SALERNO*

"Una exigencia de los tiempos"

Enrique Martínez Paz

^{*} Miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Miembro de la "Société de Législation Comparé" de París.

Resumen: En este trabajo se analizan diversas cuestiones que explicitan el estado actual de la ciencia comparatista. Partiendo de sus orígenes históricos, el autor se detiene en la enseñanza e investigación del Derecho Comparado; para lo cual orienta su desarrollo no sólo en relación a la situación vivenciada en Argentina sino, ampliándolo sus horizontes a otros ámbitos culturales (V.gr. Italia). Finalmente, se ocupa de los desafíos que debe afrontar la disciplina frente a la idea de mundialización; representada por el pluralismo jurídico de los estados nacionales actuales; del cual surge una suerte de cosmopolitización de los ordenamientos en varias áreas, en las que desaparecen o se borran las fronteras geográficas.

I. Preliminar

Sin ninguna duda se puede afirmar que los estudios de derecho comparado no tienen un interés puramente académico, circunscripto a un grupo de abogados eruditos. Las investigaciones que se realizan en ese campo del saber y su correlativo análisis, hacen a una sólida formación de los juristas que se encuentran en un nivel superior al común. Sorprende, pues, cuando se verifica que en la enseñanza universitaria no se le dedique un espacio autónomo en la currícula de la carrera de abogacía, pese a tener interés práctico para el ejercicio profesional.

Desde una concepción humanista, esta disciplina resulta ser necesaria a fin de ampliar los conocimientos orientados a enunciar los principios universales del derecho. Su examen habilita a captar los fenómenos acaecidos en las naciones a través del curso del devenir de su historia. En definitiva es una valiosa contribución a la cultura de la humanidad y a las ciencias sociales en particular.

Nacida en el siglo XIX, es una disciplina que emergió de las profundidades para superar el predominio del "*ius commune*", fortaleciendo la concepción científica del derecho. Postula conocer los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo, sus analogías y, principalmente, las diferencias que tienen entre sí. La existencia de una variedad de ordenamientos en los distintos pueblos del mundo, permite apreciar el natural desenvolvimiento del derecho en general, la renovación permanente de las leyes, la evolución de la jurisprudencia, y las construcciones levantadas por la doctrina para explicar el significado de las normas en vigor.

Esta nueva ciencia abre el horizonte intelectual a jueces y abogados, dinamiza el intelecto al facilitar la comprensión de la realidad política y económica. Hace posible poner al día la legislación de una determinada sociedad con motivo de las innovaciones surgidas de los hechos sociales y económicos que trascienden las fronteras. A ese efecto se vale de la ayuda de otras ciencias, como la antropología, la etnología, la filología, la historia y la sociología.

El Derecho Comparado persigue, entre otros fines, ofrecer modelos al legislador para dictar disposiciones a la luz de la experiencia de otras naciones, conforme reglas técnicas de última generación. La jurisprudencia encuentra soluciones equitativas cuando consulta la doctrina sentada por prestigiosos Tribunales extranjeros; nuestra Corte Suprema tiene en su estructura administrativa una oficina especial dedicada a suministrar la información que puede ser de interés.

II. Antecedentes

En sus inicios, la novedosa disciplina fue designada "legislación comparada". Merece una mención particular recordar a Éduard Laboulaye, fundador en el año 1869 de la "Société de Législation Comparé" con sede en París, quien en 1849 fuera el primer profesor de esta asignatura en la Universidad de París y autor de la obra. "Histoire général et philosophique des legislations comparées". En ese entonces se investigaba la influencia del Código Civil francés de 1804 sobre los Códigos civiles vigentes en otros países occidentales; fiel exponente de esa tarea fue la celebre obra de Antoine de Saint Joseph.

El modelo francés era el que circulaba por el continente americano, como surge del "corpus" redactado por Dalmacio Vélez Sársfield; las notas al pie de los artículos que escribió el docto cordobés fueron calificadas por Felipe de Solá Cañizares de ser un verdadero

tratado en la materia. Vélez causó un significativo cambio cultural cuando incorporó como fuentes normas de otros orígenes, distintas a la legislación castellana e indiana.

Resulta oportuno mencionar que en Alemania se propició dictar un Código civil similar al francés, el que se aplicaba en algunas regiones a causa de la invasión napoleónica. Esa iniciativa planteó en 1814 una ardua polémica suscitada por la escuela histórica del derecho que lideró Federico de Savigny. Tiempo más tarde se sancionó un Código preparado por calificados juristas, conocido por la sigla B.G.B.; la técnica empleada divergía del Código Napoleón. Comenzó a regir en el año 1900, su texto tuvo enorme divulgación e influyó sobre varios proyectos.

Pronto se pasó a otra etapa, la cual se concretó en el Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en la ciudad de París en el año 1900. Ese Congreso fue la pieza fundacional del Derecho Comparado moderno debido a las importantes conclusiones a las que arribaron sus participantes. Importó una revolución metodológica en cuanto fue desplazada la esuela exegética de los grandes tratadistas franceses. Raymond Saleilles pronunció el discurso de apertura del Congreso sosteniendo que era preciso hacer del Derecho Comparado una ciencia autónoma para ordenar y explorar la variedad de ordenamientos jurídicos existentes, a fin de elaborar un derecho común legislativo. Correspondió a Édouard Lambert preparar el informe general sobre los debates, en el cual destacó el carácter complejo y dinámico del derecho.

Ha sido controvertido entre los comparatistas si es factible cotejar el llamado "derecho continental" con el "common law" nacido en los pueblos de habla inglesa. El último sistema tiene una formulación empírica, basado en la inducción de los casos para invocar los precedentes judiciales; de ahí que se lo pueda calificar de derecho judicial, no escrito. Si bien hoy se considera factible compararlos, ya que entre ambos existe una convergencia de principios afines, los autores contemporáneos admiten esa dicotomía, en cuanto un país puede optar por uno u otro sistema. Después de la caída del muro de Berlín, los estados marxistas del este europeo decidieron retornar al modelo francés de codificación. Además, existen naciones que han tenido la habilidad de combinarlos en un mismo ordenamiento, como ocurrió con Israel.

III. El derecho extranjero

A partir del instante en que el "ius commune" perdió vigencia en el siglo XIX y pasaron a predominar los "corpus" que sancionaron nuevos estados, tanto en Europa como en América, se advirtió que la comunidad internacional precisaba que el derecho de todos los países circulase libremente. El derecho internacional privado fue la disciplina que desarrolló los problemas derivados del conflicto de leyes entre estados. Todos los casos de dicha rama jurídica están caracterizados por la aplicación del derecho extranjero.

De ahí que sea necesario conocer, además del local, el derecho de otra nación que será aplicado para resolver un litigio o dictar el laudo en un arbitraje. A veces se debe recurrir a expertos, pues no basta con saber nociones generales sobre algunas normas en particular. En la Argentina el novísimo Código Civil y Comercial Unificado incorporó un título especial para regular esta materia, y trae artículos que disponen su aplicación obligatoria (arts. 2595, 2596 y 2599, entre otros).

Lo expuesto demuestra que es conveniente realizar estudios sobre el ordenamiento de otros países. A veces, se precisa contar con nociones de un idioma foráneo (i.e. el inglés, que tiene una terminología peculiar). Lo último explica la relación existente entre la norma y el lenguaje. En cuanto a la hermenéutica se refiere, se debe indagar el contexto de la norma a interpretar y los criterios sustentados por la jurisprudencia del país que la sancionó. De cualquier manera, este tema se puede vincular a un Código, a legislación especial, o a disposiciones de variada índole, sin olvidar que todo integra un sistema jurídico extraño.

Un presupuesto básico del Derecho Comparado es tener el conocimiento de los sistemas materia de la comparación con el derecho nacional o local. En ese sentido se pueden comparar los artículos de los Códigos y las leyes que rigen, a fin de poder establecer conclusiones que sean beneficiosas para la especulación teórica o para satisfacer objetivos concretos. Nada se puede hacer sin la comprensión cabal de los sistemas a comparar, empleando la metodología apropiada.

IV. Enseñanza del derecho comparado

Institucionalmente en el mundo a esta disciplina se le dedican diversos marcos especializados para impartir su enseñanza. Italia dispuso la obligatoriedad de cursar la materia para obtener el diploma de abogado. Hay una pluralidad de entidades consagradas a divulgarla. Academias, Universidades, Facultades, Centros de Investigación, Asociaciones, convocan a estudiantes e investigadores de todo el mundo. La pedagogía jurídica se especializa a fin de brindar la mejor calidad de los contenidos, y actualizar las transformaciones del ordenamiento que rige en cada país.

Cabe distinguir entre el aprendizaje del autodidacta y del estudiante guiado por un profesor. Es necesario tener en cuenta este último supuesto, para determinar el modo de orientar la enseñanza de esta disciplina, sea en una carrera de grado o de posgrado. Como se anotó al comienzo, las carreras universitarias en nuestro país no incluyen por lo general en su currícula al Derecho Comparado, no obstante que en ocasiones sea indispensable recurrir para aplicar normas positivas foráneas. En las carreras de abogacía se suele justificar semejante vacío expresando que no es una materia relacionada con el derecho vigente, argumento que encierra una contradicción en sí mismo, como se acaba de señalar; esa corriente también relativiza la naturaleza científica de los ordenamientos sistemáticos.

A poco que se analice cualquier currícula se advierte la prevalencia del estudio de las llamadas asignaturas codificadas; aunque el derecho administrativo y el laboral no lo sean, siempre se les dedican varias horas para estudiarlos en extensos programas. Sin embargo, también llama la atención que se incluyan disciplinas extra normativas, como ser: Derecho Romano, Historia del Derecho, Derecho Político, Economía, Filosofía, Informática y Sociología. Estas asignaturas dependen en cierta medida de si se busca formar a un abogado práctico para que tenga salida laboral, o si se trata de formar profesionales con una sólida base cultural.

En realidad, según se desprende de los libros de textos usuales de los que utilizan los alumnos de grado, traten del derecho público o del derecho privado, llevan como citas de autoridad referencias sobre instituciones y normas provenientes de la legislación de otros países, a veces, a fin de mencionar las fuentes en que se inspiraron los autores de la normativa patria. Es un error común creer que esas menciones constituyen Derecho Comparado, aunque el autor de la obra pueda ser un conocedor de la materia. Se trata de citas de autoridad a fin de respaldar las explicaciones dadas en un libro, folleto o monografía.

Para el supuesto que una Universidad intente dictar un curso de Derecho Comparado habrá que contemplar varias cuestiones, la primera de ellas es si debería estar ubicado en el último año de la carrera. En ese caso, ¿cuál sería el contenido del programa? ¿Se deben impartir nociones elementales de los sistemas imperantes en el mundo?, ¿cómo se deben articular los sistemas jurídicos entre el ámbito público y el ámbito privado?

Podrían formularse otros interrogantes, ya que hay una variedad de posibilidades; a modo de ejemplo, organizar el curso sobre la base del derecho de los países del Mercosur; o bien, comparar los sistemas del llamado derecho continental con el "common law". De todos modos, el programa de estudio tendrá un contenido mínimo, porque es imposible abarcar todo el conocimiento disponible de esta materia.

V. Investigación

Uno de los aspectos más interesantes que plantea esta clase de inves-tigaciones es el de la culturización, cuando un pueblo determinado elige un modelo proveniente de otra raíz cultural. Valga detenerse en lo sucedido en tres potencias mundiales, como son China, India y Japón. El siglo XXI nos depara el significativo crecimiento de esas tres naciones, pertenecientes a milenarias civilizaciones, imbuidas de valores, creencias y tradiciones ancestrales. Ninguna de ellas tuvo una base romanista, ni practicó el "ius commune"; cada una de ellas posee idiomas autóctonos.

El Lejano Oriente se abrió hacia Europa en el año 1842 a través del comercio exterior. Japón abandonó su aislamiento en 1854 y permitió enseñar idiomas de otras culturas, al comenzar la era Meiji en 1868, la sociedad nipona experimentó profundos cambios. Hasta

el año 1912 las doctrinas de Confucio dejaron de ser el culto oficial de China. La India fue dominada por Gran Bretaña en 1857 y recién obtuvo su independencia en 1947. Mientras China y Japón sancionaron sus códigos inspirados en el B.G.B. alemán, la India fue aplicando en forma gradual el "common law", pero mantuvo en un rango superior los preceptos religiosos y éticos (la ciencia de la virtud se llama "dharmasatra").

En breves líneas, se comprueba la transculturación de esos tres países asiáticos, todos ellos influenciados por naciones occidentales que las llevaron a adoptar la codificación de su derecho privado. Así se puede apreciar en la superficie, a raíz de los cambios sociales y económicos habidos, si bien subyacen vestigios de la cultura autóctona.

Seduce indagar sobre los ordenamientos vigentes en Iberoamérica, luego de la Independencia de sus metrópolis en el siglo XIX. El sistema latinoamericano se mantiene fiel a la codificación, incluso Puerto Rico. La herencia trasmitida por España y Portugal en cuanto al cristianismo, la cultura y el derecho romano justinianeo, sigue teniendo vigencia. Ninguno de los nuevos países adoptaron el "common law", algunos se distanciaron del modelo francés y prefirieron para su orden privado el B.G.B. alemán. Resta mucha tarea para emprender en el futuro con los códigos en vigor sancionados en Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Perú, a fin de determinar los principios que comparten, las fuentes de inspiración y las asimetrías existentes.

Resulta necesario profundizar sobre la legislación argentina en el siglo XXI dada la gran renovación de sus leyes , sin que sea todavía posible determinar las fuentes utilizadas en su redacción, aunque bien sabemos que ninguna legislación es químicamente pura, ni totalmente original, según sostiene el jurista italiano Rodolfo Sacco.

VI. Mundialización

Asistimos a una etapa de la evolución jurídica signada por la mundialización, obra de factores diversos, predominantemente de tipo económico, que obedecen a directivas de organismos internacionales, como es el caso de la Organización Mundial del Comercio. En la

actualidad existe un régimen uniforme en casi todos los países del orbe en ciertas materias, como lo es la compraventa de mercaderías. Algo parecido sucede en el ámbito financiero, la ecología y el gobierno de las corporaciones internacionales. El ejemplo dado también se presenta en otros casos, que obedecen a tratados internacionales, tales como el referido a la propiedad intelectual.

Frente a la idea del pluralismo jurídico de los estados nacionales, surge una suerte de cosmopolitización de sus ordenamientos en varias áreas, en las que desaparecen o se borran las fronteras geográficas. Es un fenómeno digno de analizar con perspectiva de futuro, una situación de hecho dinámica que causa efectos sobre el derecho de las naciones. Se alzan voces críticas que afirman que la fuerza de ese tipo de normatividad reside en su ausencia total de espíritu jurídico, porque no es la obra de los juristas, sino de tecnócratas formados en la economía y en la ingeniería.

Existe en la actualidad un desafío para el Derecho Comparado, del cual los científicos deben hacerse cargo para examinar sus probables efectos sobre esta disciplina, la cual posee un contenido mutuante. En el futuro habrá que replantear numerosas cuestiones relativas a la ciencia del derecho, debiéndose tratar cada una de ellas en forma particular, para luego establecer la función que cumple cada norma erigida en categoría universal. Acaso se pueda cumplir el sueño de Saleilles y de Lambert de concretar un derecho común legislado. En parte ese ideal se logró con la aprobación hace 70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Bibliografía

- Asociación Argentina de Derecho Comparado, "Informe al XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado", Buenos Aires, 2010.
- Association Henri Capitant (Travaux), "La circulation du modèle français" (journées franco-italiennes), edit. Litec, París, 1994, tomo XLIV-1992.

- Association Henri Capitant (Travaux), "La mondalisation" (journées allemandes), edit. Bruylan y LB2V, París, 2017, tomo LXVI-2016.
- Cesano, José Daniel, "Derecho Penal Comparado, una aproximación metodológica".
- David, René; Jauffret-Spinossi, Camille; y Goré, Marie, "Les grands systèmes de droit contemporains" 12^a ed., edit. Dalloz, París, 2016.
- Gambaro, Antonio; Sacco, Rodolfo; y Vogel, Louis, "Le droit de l'Occident et d'ailleurs", edit. L.G.D.J, París, 2011.
- Garrido Gómez, Isabel, "Le droit comparé au lien avec les autres sciences juridiques", en "Liber Amicorum Camille Jaufret-Spinosi", edit.Dalloz, París, 2013, pags. 417/430.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte, "Droit Comparé et Droit International Privé", Revue Internationale de Droit Comparé, Société de Législation Comparé año 2000, n° 4, pags. 797/818.
- Fromont, Michel, "Grands systémes de droit étrangers", edit. Dalloz, París, 2009.
- Fromont, Michel, "Réflexions sur l'objet et les methods du droit compare", en "Liber Amicorum Camille Jaufret-Spinosi", cit., pags. 377/387.
- Martínez Paz, Enrique, "Introducción al Derecho Civil Comparado", Instituto de Derecho Comparado (U.B.A.), prólogo de Francisco P. Laplaza, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- Medina, Graciela, "La enseñanza del Derecho Comparado", en "Estudios de Derecho Comparado" (compilador Pedro Aberastury), edit. Eudeba, Buenos Aires, 2016, pags. 33/62.
- Ramayo, Raúl Alberto, "Contenido y naturaleza del objeto de la llamada ciencia del Derecho Comparado", El Derecho tomo 132 pags. 865/874.
- Rodriguez Galán, Alejandra, "El método en el Derecho Comparado", en "Estudios de Derecho Comparado", cit. pags. 161/180.
- Sacco, Rodolfo, "Introduzione al Diritto Comparato, edit. UTET, Turín, 1992.
- Salerno, Marcelo Urbano, "Derecho Civil Profundizado", edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

- Salerno, Marcelo Urbano, "Las instituciones jurídicas allá lejos en el extremo Oriente", en Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, tomo XLIII año 2009, segunda parte, pags. 453/462.
- Société de Legislation Comparé, "Le Droit Comparé au XXI SIÈCLE, Enjeu et défis2, Directora Bénédicte Fauvarque-Cosson, París, 2015.

Violencia y paz en Colombia: Problemas y soluciones*

Un examen de filosofía política**

Guillermo Lariguet***

^{*} Este trabajo pertenece al género ensayístico, más que al de un paper. Seguramente ello explica giros expresivos academicistas. Una futura y eventual versión, por esto, me obligaría a reformular algunos aspectos. Por falta de voluntad, sin embargo, no puedo más que darlo a conocer bajo la forma actual que reviste. Expuse este ensayo bajo la modalidad de CONFERENCIA en, el Primer Workshop de Teoría Constitucional de la Universidad Nacional de la Pampa, Argentina, 2017, organizado por el Dr. Emanuel Olivares. Agradezco a los participantes del mismo sus aportaciones, en especial a Mauro Benente, Enrique del Percio, Alejandro Medici y Cristian Altavilla. También a Esteban Llamosas, Andrés Rossetti e Ignacio Giuffré. En segundo lugar presenté ofrecí esta conferencia en el Congreso Internacional "La construcción democrática de la paz" en la Universidad de Santo Tomás, Tunja, Boyacá, Colombia, el 24 de agosto de 2017. Agradezco los comentarios del Profesor Diego Higuera Jiménez. Por último, Ramiro Moyano tiene mucho que ver en la mejora de la presentación de este artículo.

^{**} Además del CONICET, para la realización de este trabajo, he tenido también el apoyo complementario de un subsidio de la secretaría de ciencia de la Universidad Nacional de Córdoba. También está enmarcado en el Proyecto "Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos y decisiones", de la Agencia Estatal de Investigación de España, DER2016-74898-C2-1-R, así como en un proyecto CAID de la Universidad del Litoral de Argentina referido a fundamentos filosóficos de la democracia.

^{***} Conicet, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Programa de Ética y Teoría Política de la misma universidad. Actualmente, Profesor Visitante del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. gclariguet@gmail.com

Resumen: En este trabajo me concentro en el problema de la violencia extrema en Colombia. Con este propósito, en primer lugar, presento una descripción empírica de las características principales de esta violencia. Estas características son los principales obstáculos para la paz. En segundo lugar, reconstruyo conceptualmente el escenario descripto empíricamente. Focalizo en la desigualdad y en la existencia de un estado de derecho débil o nulo. En tercer lugar, distingo tres sentidos en el término 'paz'. Realizada esta aclaración terminológica, propongo cuatro soluciones elaboradas por la filosofía política contemporánea: el reconocimiento recíproco, la sociedad bien ordenada, la justicia transicional y la terapia emocional a través de las representaciones artísticas. Finalmente, ofrezco las conclusiones del trabajo.

Abstract: In this paper I focus on the problem of extreme violence in Colombia. In order to satisfy this purpose, I present, at the first stage, an empirical description of the main features of this violence. These characteristics constitute the main obstacles to peace. In the second place, I attempt to reconstruct, in conceptual terms, the empirical scenario described above. In this sense, I mainly concentrate on inequality, on the one hand, and the existence of a weak or inexistent Rule of Law, in the other hand. Then, I distinguish three meanings in the term 'peace'. Having made this terminological clarification, I propose four solutions elaborated by contemporary political philosophy: reciprocal recognition, well-ordered society, transitional justice and emotional therapy through artistic representations. Finally, I offer the conclusions of the paper.

"Podemos dejar a un lado la cuestión de si esta satírica inscripción [la paz perpetua] que estaba escrita en el rótulo de una posada holandesa en la que se veía pintado un cementerio, va dirigida a los hombres en general o a los jefes de estado en particular –que no llegan nunca a estar hartos de la guerra- o quizás sólo a los filósofos que anhelan ese dulce sueño de la paz perpetua". Kant, I., (Ed. Original 1795). (2014). Presentación de Antonio Truyol y Serra. (Ed. de J. Abellán), Madrid, España: Tecnos, p. 3, parágrafo 343.

"Hay verdades tan evidentes por sí mismas que deben ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido. Una de esas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura...". Kelsen, H., & Kelsen, H. (2008). *La paz por medio del derecho*. (Traductor: Luis Echávarri). Madrid, España: Trotta.

"Ferox gens nullam esse vitam sine armis rati¹". TITO LIVIO, citado por BLAISE PASCAL. (2005). *Pensamientos*. Traducción de Mauro Armiño. Madrid: Valdemar, nota final 11, p. 376.

I. Introducción

Desde hace más de 60 años, Colombia es, desafortunadamente, un gigantesco hormiguero de violencia. Violencia extrema.

Esta violencia, algunos de cuyos rasgos describiré más adelante, intentó ser acorralada en diversos momentos de la historia. Por ejemplo, durante la presidencia de César Gaviria, el narcotraficante en ese momento más importante del mundo, Pablo Escobar, fue encarcelado en la prisión La Catedral de Envigado, Antioquia, en junio de 1992, de la cual se fugó en julio del 93 (véase diario el Tiempo en http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/fuga-de-pablo-escobar-de-la-catedral/16089168). Luego de varios meses de búsqueda, Pablo Escobar fue muerto en el barrio Los Olivos de Medellín, en diciembre de 1993.

Durante la presidencia de Pastrana, la alianza con los Estados Unidos, gobernado a la sazón por Bill Clinton, llevó a una persecución militar de los narcos y la narco-guerrilla (Guillou, 2016, p. 17). Pero

¹ "Nación feroz que no pensaba que la vida sin armas, fuese la vida". Cuando escribí este ensayo por primera vez, estaba muy motivado por la esperanza en la Paz colombiana. Los muertos y heridos de enero de 2019, me han vuelto más escéptico. Además, el gobierno actual del Presidente Duque no parece tener un compromiso fuerte con la paz, sino una idea militarista persistente acerca de cómo resolver tan largo conflicto. Por eso, ahora, a las citas de Kant y Kelsen, le sigue ésta cita más negra de Tito Livio.

el resultado fue magro y la paz no fue alcanzada. Se podría decir que, durante la gestión del presidente Juan Manuel Santos, parecen haberse dado los avances más importantes en materia de pacificación que Colombia hasta ahora ha podido alcanzar.

Los objetivos de mi trabajo son dos y están interconectados. El primero es ofrecer una suerte de explicación más bien filosófica, que empírica, de la violencia colombiana. La explicación será, concretamente, del orden filosófico-político, sin por ello resignar la explicitación de algunos datos empíricos relevantes que son necesarios para diseñar los datos básicos de análisis o el escenario empírico mínimo sin el cual el análisis filosófico se torna aquí imposible. El segundo objetivo intentará articular, filosóficamente también, ciertas salidas pacificadoras que podrían ser posibles para este país. Con la aclaración de que decir "posible" no es equivalente a decir "sencillo".

Ahora bien, antes de presentar la estructura que tendrá este trabajo quiero hacer algunas aclaraciones de tipo metodológico. Son las siguientes.

Primero, no soy colombiano. Esto podría ofrecer la idea de que no tengo capacidad de ofrecer ningún examen de sus problemas, en este caso la aspiración difícil a la paz interna. Pero pensar así es un error. Hace muchos años que viajo en forma continua a Colombia auscultando y consultando sobre sus diferentes problemas sociales, políticos, económicos, culturales. Pero, más allá de esta anécdota, desde un punto de vista epistemológico creo que puedo ofrecer una mirada "externa" que capte algunos aspectos "internos relevantes" de la realidad de la violencia en Colombia. Al modo de Uzbek y Rica, los personajes de las Cartas Persas de Montesquieu, que hablaban de Francia sin ser franceses, espero que esta tarea pueda ser no sólo inteligible sino dar en el clavo de algunos de los problemas colombianos en torno a la paz.

Segundo, aunque algo diré de la llamada "justicia transicional" y el estado de derecho colombiano, mi análisis no será propiamente "dogmático-jurídico". El material y la perspectiva de ese análisis serán desplazados, aquí, por una perspectiva de filosofía política.

Aclarado lo anterior, estructuraré el trabajo como sigue. En la sección 2 voy a brindar algunos datos histórico-empíricos que sir-

van para tener un "escenario mínimo" para el posterior análisis filosófico de la violencia y entender su naturaleza. Tomaré en cuenta, para la base empírica, fuentes periodísticas especializadas en el conflicto colombiano, testigos directos de algunos de los hechos de violencia, así como literatura teórica -con referencias empíricas sobre la marcha dificultosa de la justicia transicional en este país. Esta parte es imprescindible pues, si no entendemos, al menos mínimamente, el problema de la violencia en Colombia, no podremos pensar en cuáles son las mejores recetas pacificadoras para la misma. Etiquetaré los aspectos de estas cuestiones empíricas en causas de tipo político, socio-económico, utilización de la fuerza armada y aspectos iurídicos vinculados a la existencia de un estado de derecho débil. Cabe adelantarse, para clarificar que el uso de las etiquetas, en el sentido que se acaba de especificar, es más bien "orientativo" que exhaustivo, pues, cada una de las etiquetas no presupone la ausencia de relación entre los diversos aspectos causales que explican la violencia colombiana. La sección 3 es filosófica y tiene carácter bifronte. Ante todo la llamo sección filosófica en el sentido de que es "conceptual", de reconstrucción de conceptos clave con ayuda de ciertas herramientas, preferentemente obtenidas de la filosofía política más bien contemporánea. Aquí haré dos cosas que tienen entre sí una conexión estrecha. Primero, identificaré dos problemas u obstáculos para la paz colombiana, una paz que merezca llamarse global y duradera. Estos dos problemas son la desigualdad y un estado de derecho débil o nulo. En segundo lugar, presentaré 4 recursos posibles para dar eventuales soluciones de paz a la violencia en Colombia. Para ello vincularé estas soluciones con la descripción empírica sobre la violencia en el país realizada en la sección anterior y con la lista de problemas que esbozaré en esta sección. Estas salidas son el reconocimiento recíproco, la sociedad bien ordenada, la justicia transicional y la terapia emocional, especialmente relacionada con el papel que pueden jugar las representaciones artísticas. En la sección 4 finalizo el trabajo con algunas reflexiones conclusivas.

II. La violencia en Colombia: un escenario empírico

Para sacarme de encima problemas innecesarios, voy a definir el término "violencia" como aquel conjunto de procesos/comportamientos y estados de cosas productos de tales procesos/comportamientos². Entre estos procesos cuentan significativamente las agresiones físicas y psíquicas, la perpetración de daños materiales y morales, sistemáticos, de diversa extensión territorial y largo alcance en el tiempo. No se trata pues de agresiones y daños aislados sino que tales comportamientos forman conglomerados de sucesos conectados –de diversas manerasentre sí³. Los mencionados comportamientos, por otra parte, vienen a definir a lo largo de la historia colombiana, un "conflicto armado interno" en el que actúan diversas fuerzas que exponen, a lo largo de la diacronía colombiana, diversos poderes de influencia política, militar, económica, territorial, etc.4

En los términos del historiador alemán Christian Gerlach (2015, pp. 18-19), se podría enfocar a Colombia como una sociedad "extremadamente violenta". Esta afirmación se explica, entre otros, a partir de rasgos como los siguientes:

- a) La destrucción de seres humanos, o su afectación severa, o la destrucción o seria afectación de sus posesiones, procesos que se pueden estudiar en un plazo extendido de tiempo. En este sentido, la violencia colombiana lleva más de 50 años.
- b) Existen múltiples canales de interacción entre la sociedad y el Estado en cuanto a la perpetración o "espectación" de la violencia. La violencia es multidireccional. Se dispara en diversos sentidos y va hacia o viene desde, y el hacia y el desde se conectan en una tupida red de interrelaciones causales e intersubjetivas.

² Uso el término "comportamiento" para incluir no solamente acciones sino también omisiones.

³ No me pronunciaré sobre cómo reconstruir la explicación de estos nexos causales entre los sucesos y el papel que juegan las intenciones de los agentes, por ser un tema que no resulta aquí principal.

⁴ Pero dado que el conflicto es armado, se trata sobre todo del poder que llamaré militar en un sentido laxo por agrupar las estructuras jerárquicas del ejército colombiano, así como otros tipos de estructuras en las guerrillas y grupos paramilitares.

c) Hay múltiples actores de la violencia: en el caso de Colombia, el estado a través de sus políticas socio-económicas, su política armada a través del ejército, su política "para-legal" a través de los paramilitares, y en lo que refiere a la sociedad, a los grupos guerrilleros, los narcotraficantes, los grupos de auto-defensa, los grupos de limpieza social, etc.

No es fácil, desde un punto de vista historiográfico, asir la violencia colombiana que, como se sugiere en las líneas anteriores, es multi-causada, esto es, provocada por múltiples causas, entre las cuales pueden citarse causas políticas, económico-sociales, etc. La historia colombiana, además, es florida en datos y episodios que se entrecruzan y suceden en forma vertiginosa, provocando escaladas o espirales ascendentes de violencia que pueden ser sincrónicamente diseccionadas.

Así, por ejemplo, desde un punto de vista "político", se suele marcar como un hito significativo de arranque de lo que luego se definirá como un conflicto armado interno, el asesinato del líder izquierdista Jorge Eliécer Gaitán en 1948 (Alfieri, 2016, p. 8). Este asesinato incitará oleadas de protestas de campesinos y sectores socialmente vulnerables; protestas violentas y armadas en contra del gobierno conservador de ese momento, contra la justicia, la policía, el ejército, etc. Los historiadores suelen demarcar 1948 hasta 1957 inclusive, como el período, irónicamente, conocido como "La violencia", Digo irónicamente porque con la utilización de la preposición "la", parecieran excluirse, tácitamente, períodos posteriores que son, desde un punto de vista observable, incluso más violentos. Pero lo cierto es que durante "La violencia" se estiman entre 200.000 e incluso 300.000 muertos en Colombia (Alfieri, 2016, pp.2;8), un número que supera, por lejos, el de los desaparecidos en Argentina durante la dictadura 1976-1983, donde los grupos de derechos humanos suelen contabilizar 30.000 almas. Debe tomarse en consideración el hecho de que la violencia en Colombia parece "apenas" estar empezando5 y que a futuro de la fecha consignada habrá miles, centenares de muertos de distintos bandos, así como hombres, mujeres, niños, ancianos, torturados en formas perversas y salvajes, en formas que ni una mente dantesca podría concebir, así como de seres humanos muertos, y de miles y

⁵ Sobre todo si se advierten las injusticias en el reparto de tierras y distribución de la riqueza en la época colonial y poscolonial, la violencia germina lentamente desde mucho antes de 1948.

miles de campesinos desplazados que perdieron sus tierras debido al conflicto, los números son escalofriantes. Y, como se verá, la pobreza cada vez será más creciente, sobre todo, con respecto a los últimos nombrados: los campesinos.

El período político reseñado por los historiadores como "La violencia" tendrá como principales antagonistas a los conservadores y liberales hasta que, en cierto momento, terminen pactando un acuerdo por el cual se conceden, en forma recíproca, períodos de gobierno alternativos.

Pero uno de los principales problemas de Colombia ha sido, y todavía sigue siendo, el que podríamos denominar "socio-económico". La notoria distribución inequitativa de la tierra, que es una de las principales fuentes de riqueza de Colombia (pensemos en su maíz, su café, su papa, etc.), es un dato que debe tenerse en cuenta en nuestro escenario de análisis. Por ejemplo, un acotado número de terratenientes, que algunos fijan en el número de 4.456, es el que maneja la principal franja de los latifundios fértiles y útiles de Colombia. Los indios y el campesinado, en cambio, son arrinconados en las laderas de las montañas donde la tierra es menos fértil y útil. Donde, además, la excesiva erosión provocada por el fuego que los campesinos deben usar para desmalezar las empinadas laderas, lleva al final a que sean tierras cada vez más improductivas. Con este método rudo de los campesinos se estima que, en Colombia, se pierden 213.000 hectáreas por año (Alfieri, 2016, p. 8). De manera tal que en este país, la desigualdad de recursos económicos y sociales del campesinado, a lo cual podríamos agregar la insuficiente política estatal de igualación relativa a la población afro-colombiana del pacífico, es muy significativa⁶. Es llamativo, a este último respecto, que los negros disfrutan de un "permiso de anomia" en el famoso Carnaval de Barranquilla donde,

⁶ La ley 70 de 1993 procuró, pero de una manera conceptualmente imprecisa, comenzar a igualar a la población afro-colombiana del pacífico otorgándoles la posesión colectiva de la tierra, así como permitiendo una organización comunitaria que, dicho sea de paso, iba en contra de las propias tradiciones de esta población. El otorgamiento de la posesión colectiva a esta población entró pronto en conflicto severo con las poblaciones campesinas e indígenas de la región que vienen, desde hace muchos años, poseyendo y laborando la tierra. (Véase Agier y Hoffman, 2016, pp. 23-25).

por esos escasos momentos, pueden sentir que las desigualdades sociales flagrantes no existen (Novoa, 2016, p. 53).

La gran riqueza se concentra en pocas manos. Fenómeno de acumulación de riqueza por "desposesión" de los campesinos, forzada o no forzada por el conflicto interno armado, que se termina incrementando por el conocido fenómeno del "extractivismo minero" que Colombia experimenta⁷, en ocasiones con la alianza de grupos narcos o mafiosos. Se ha dicho, a tono con lo señalado, que durante un buen tiempo a esta parte, Colombia, sobre todo desde los 90, vivió un fenómeno "neo-liberal" de distribución injusta de la riqueza (Cabrera Galvis, 2016, p. 41). Fenómeno que, en buena medida, generó más y más franjas de desigualdad social y económica. Y no sólo económica pues, como se ve con la lucha entre conservadores y liberales comentada párrafos atrás, los pobres y desplazados apenas tenían representantes que vindicaran sus derechos políticos, individuales y sociales. Jorge Eliécer Gaitán, por caso, y como se dijo, fue asesinado por órdenes de los conservadores.

También está el obvio, y directo, componente de la violencia colombiana: el "armado". Aquí hay que consignar, por supuesto, al propio estado y su ejército, así como la acción de los paramilitares, prohijada por el propio estado y los grandes terratenientes, así como la violencia de las guerrillas y los narcos. Entre la guerrilla sobresalen diversos grupos: por ejemplo las "fuerzas armadas revolucionarias de Colombia" (FARC, por sus siglas), el "ejército de liberación nacional" (ELN, por sus siglas), el "movimiento 19 de abril" (M19, por sus siglas), etc. (véase Alfieri, 2016, p. 12). Los datos sobre la violencia, expresada en atentados, secuestros, tortura y asesinato de múltiples actores sociales (campesinos por ejemplo), políticos (por ejemplo el asesinato de 4 candidatos a la presidencia del país), etc., son variados y extensos, además de ampliamente documentados. Para que se vea la entidad pongo un solo ejemplo: el número de campesinos desplazados debido al conflicto armado, con su consecuente "urbanización" no querida y empobrecida, supera el número de 4.000.000 (Alfieri, 2016, p. 51).

⁷ Explotación de esmeraldas, oro, bauxita, potasio, cobre, etc. (Véase Prolongeau, 2016, p. 14).

Si vamos, por otro lado, a datos "históricos" sobre aspectos de la violencia podemos recordar, por ejemplo, la fatídica fecha del 6 de noviembre de 1985, donde un comando del M19 asaltó y ocupó el palacio de justicia en Bogotá. El ejército desplegó una acción indiscriminada, que culminó con la muerte de un centenar de personas, entre ellas, once magistrados (Barthélemy, 2016, p. 27). También surgen los grupos paramilitares, especialmente beneficiados por las leyes tramposas del anterior presidente: Uribe Vélez. Conforme estas leyes, el estatuto de los paramilitares como "delincuentes políticos", determinó que, al final, la mayoría de ellos fueran amnistiados y la pena máxima para algunos de ellos, perpetradores de crímenes atroces, fuera de ocho años solamente. Posterior a las leyes de Uribe, varios paramilitares se "desmovilizaron", pero, luego, pasaron a formar parte de bandas criminales terribles conocidas con la sigla BACRIM. Sumemos a esto el surgimiento de los grupos de "limpieza social", variados, limpieza de drogadictos, homosexuales, mendigos, etc. La violencia se diversifica, no para y se incrementa.

Por último, el factor del narcotráfico Colombia "no lo sintió como un problema propio" sino, más bien, de los norteamericanos consumidores (Prolongeau, 2016, pp. 11-12). Los carteles reclutaban gente extremadamente pobre, sobre todo jóvenes, a los que no les hacía cosquillas morir si, al menos, se podía vivir económicamente bien por un tiempo, inclusive ayudando a las madres (Prolongeau, 2016, p. 11).

La debilidad extrema del estado de derecho colombiano, que sería el último aspecto que quiero mencionar bajo el rótulo de cuestión "jurídica", se demuestra, por ejemplo, en la connivencia, por años, que tuvo Pablo Escobar, el "patrón del mal", el "zar de la cocaína", con múltiples niveles gubernamentales. La fortuna ilícita de Escobar era tan desmedida, y la situación de un estado de derecho tan débil en Colombia, que el "magnánimo" Pablo ofreció su fortuna para pagar nada menos que la "deuda externa" colombiana en su totalidad. La historia lo cuenta con exactitud. Escobar se entregó al gobierno del presidente Gaviria solamente cuando, nada menos que la Asamblea Constituyente, votó la no-extradición de los colombianos a Norteamérica. Es decir que las leyes criminales se ha-

cían, a nivel oficial y explícito, a la medida del criminal. Una medida que, desde un punto de vista amplio, podría denominarse, como se gusta decir ahora, "transicional", pues las leyes del estado de derecho ceden hasta ese punto a fin de conseguir la prisión "de oro" del mayor criminal narco de la historia colombiana.

III. Perspectivas filosóficas sobre los problemas y eventuales soluciones para la paz en Colombia

Cómo entender la paz y cómo, a partir del concepto, pensar en salidas pacificadoras aptas para transformar causalmente la trama de la realidad empírica narrada en la sección anterior, requiere, ante todo, de la expresión de una lista de los problemas u obstáculos para dicha paz. La paz, a la que habré de definir, en la sub-sección b) de esta misma sección, no obra toto genere, sino que es "relativa" a un conjunto de problemas. En este caso, me concentraré solamente en dos que estimo que operan como condiciones necesarias (aunque quizás no suficientes) del fenómeno de la violencia extrema en Colombia. En el diagnóstico conceptual de los mismos, estaré ocupado en la subsección 3.1 para pasar luego a mencionar, en la subsección 3.2), algunas recetas pacificadoras posibles, aunque no por ello sencillas.

3.1. Problemas u obstáculos para la paz

Se acusa a menudo a la filosofía, en este caso a la política, de ser excesivamente conceptual y normativa. Con estos adjetivos mencionados se alude a su concentración en el tema del significado de los términos teoréticos claves (violencia, paz, etc.) y en la exponenciación de un horizonte regulativo al cual deberían adaptarse los estados de cosas del mundo si, se quiere como en este caso, alcanzar la paz. En contraposición a esta acusación, es un lugar común decir que la ciencia política manifiesta una obsesión metodológica por los datos del campo empírico, a la par que una lamentable despreocupación por aspectos conceptuales cruciales para la observación

social. También, hay que decirlo, un desdén por la importancia de los modelos normativos. Creo que una manera de contrarrestar estas objeciones comunes, dirigidas tanto a la filosofía política y a la ciencia política, respectivamente, puede consistir, por ejemplo, en el diseño de una reflexión filosófica en el orden de lo político que no escatime los datos empíricos básicos. No es necesario hacer aquí análisis conceptual con base en puros experimentos mentales. El trabajo puede seguir siendo analítico si toma en cuenta, para referencia del análisis, un conjunto de datos históricos, sociales, empíricos en una palabra, como los que se acaba de puntualizar en la sección anterior. Además, no es cierto que todo modelo normativo de la filosofía política, en este caso entendiéndose por tal el empleo de pautas que sirven, por ejemplo, para evaluar el desempeño moral, o también institucional, por ejemplo de la estructura social formal, de una nación, o de sus sub-estructuras más informales, tenga que prescindir de la correlación con datos empíricos básicos.

Las teorías normativas de la justicia, de los derechos sociales, de la igualdad, de la democracia, etc., pueden –e incluso deben-prevalerse de un conjunto inicial de enunciados observacionales en algún sentido, o de una base empírica mínima, que luego pueda evaluarse o enjuiciarse bajo la lente de las normas de estas teorías que se acaba de mencionar. A continuación quiero centrarme, de manera somera, en dos temas que operan como condiciones necesarias, probablemente no suficiente, para la explicación de la violencia. Como se puede ya advertir, la explicación que daré, aunque es preponderantemente "conceptual", no rehúye el aporte de los datos empíricos. El método filosófico no excluye la buena combinación entre lo conceptual y lo empírico.

Como cualquier lector, o auditor sensible puede percibir, la explicación empírica de la sección anterior, hace resaltar dos grandes problemas que fungen como obstáculos para la paz. Los delimitaré teoréticamente en dos condiciones que, de algún modo, me permitan "barrer conceptualmente", o "atrapar", la diversidad de datos empíricos abordados en la sección anterior desde los puntos de vista políticos, socio-económicos, militar y jurídico. Estos problemas son los dos siguientes:

a) Desigualdad: Aquí parto de la idea intuitiva de que una teoría de la justicia, salvo para el caso de teorías como las nozickeanas que preconizan un estado "mínimo", se conecta analíticamente con nociones basilares de igualdad. Aquí no me centro en una teoría de la igualdad específica que, por otra parte, no tengo espacio para desarrollar. Seré más bien amplio y mencionaré que la igualdad puede ser reconstruida a partir de teorías diversas. Aquí solamente asumiré que para una teoría normativa de la justicia es imperioso que los ciudadanos, o dicho más primitivamente, los pobladores de un territorio nación, tengan garantizados un conjunto de derechos que se vinculen con las diversas esferas de la igualdad8. Primero, con la esfera de una igual extensión de libertades (como diría Rawls en su Teoría de la Justicia), o capacidades (como diría Nussbaum, 2012) hasta también formas efectivas de desarrollo material como diría el principio de diferencia de la teoría de la justicia de John Rawls (2003, pp. 80-81). En buen castellano, esto significa que los hombres de un estado deben tener garantizados, en igual extensión, derechos a la libertad: de expresión, de movimiento, de religión, etc. También, y de manera central, derechos políticos a participar en la vida pública, por ejemplo, como dice Jeremy Waldron (2005), derecho a una "igual participación en la creación de las leyes".

⁸ Como más adelante propondré como receta para salir del conflicto la teoría de Honneth consistente en el reconocimiento recíproco, debo aclarar lo siguiente. Autores como Fraser (1997) han indicado que, en ocasiones, podría haber un dilema entre elegir una teoría igualitarista que se centra en la "redistribución" y teorías neo-hegelianas como la de Honneth que se centran en el reconocimiento. Dado que aquí no asumo ningún compromiso sustantivo con una concepción específica de la igualdad no creo recaer en tal dilema. Además, como la misma Fraser piensa, es posible conjurar el dilema identificando una concepción superadora de la tensión entre redistribución y reconocimiento. El reconocimiento implica, by definition, ver al otro como un par o igual al que debo respetar y con el que debo tener una relación no patológica. Igualdad y trato no patológico parecen coimplicarse. Con lo cual, llegar luego a pensar en una distribución socialmente justa, podría ser visto o bien como "co-originario" con la postura de Honneth o bien como una consecuencia natural de su planteo. Aquí no debato estos temas pues requieren de un trabajo fino independiente.

Y, por último, pero no por ello menos importante, también a los llamados derechos sociales: a la vivienda digna, la educación, al trabajo digno, etc.⁹

Si la teoría de la justicia puede entenderse en términos de la satisfacción de la igualdad en sus diversas esferas, los registros empíricos de la vida histórica de Colombia no son halagüeños. Al contrario, los mismos indican una concentración de los grandes y productivos latifundios en pocas manos. De una baja incidencia, además, de los sectores desaventajados en las decisiones de política pública del estado colombiano. El asesinato de Jorge Eliécer Gaitán tiene una explicación en estos datos de desigualdad. Cuando un líder carismático que promete reivindicación social logra alto protagonismo, los conservadores no lo toleran. La injusticia social, que así se puede traducir la desigualdad en sus diversas esferas, explica, al menos parcialmente, pero en forma significativa, la emergencia de los grupos guerrilleros. Parafraseando a Carl von Clausewith, la lucha entre el campesinado pobre, "representado" por las guerrillas, y los grandes terratenientes, no se da bajo formas de "deliberación racional", como dirían los teóricos de la democracia deliberativa, sino por la guerra lisa y llana. Guerra que se va complejizando por el surgimiento de diversos actores y sus reacciones militares. El neoliberalismo de los 90 en Colombia profundiza el signo de la desigualdad y la consiguiente injusticia. Es aquí donde aparecen las figuras "ambiguas" de actores como el narco-terrorista Pablo Escobar. Un hombre que es originalmente pobre le muestra a la sociedad otra manera de "ascender" socialmente en el marco, precisamente, de una sociedad injusta. Pablo Escobar, irónicamente, se convertirá, además, en el abanderado de los pobres, construyendo grandes barrios y escuelas para los desaventajados sociales. Cuando, por otra parte, digo que Escobar es una figura "ambigua" lo digo para resaltar dos cuestiones. La primera es, como acabo de señalar, su papel no solamente de narco y terrorista sino de benefactor de los pobres. La segunda cuestión se pone de manifiesto en la red simbólica que se

⁹ Para una explicación de cómo se conectan la justificación de los derechos sociales con tres concepciones de la democracia (la sustancialista de R. Dworkin, la procedimentalista moderada de Th. Christiano y la participacionista de J. Waldron), véase Morales, 2015, pp. 147-180.

tejió en torno a esta figura. La novela, por caso, "El patrón del mal", que narra la vida de Pablo Escobar, en vez de lograr repulsión en la sociedad colombiana, logró un perturbador efecto encantador. Mucha gente, sobre todo la pobre, se sintió atraída por la imagen de un hombre pobre que logra "llevarse puesto" al estado de cosas injusto de la sociedad colombiana (Rincón, 2016, pp. 71-75).

b) Estado de derecho débil: los científicos políticos especializados en Colombia, suelen coincidir, palabras más, palabras menos, en que Colombia hace patente, en el mejor de los casos, un estado de derecho "débil", en el peor de los casos, un estado de derecho inexistente. Quizás esta última afirmación sea desproporcionada si se toma a Colombia en un plazo extensivo. Sin embargo, si, desde el punto de vista sincrónico, nos detenemos en ciertos momentos de su historia, la aseveración no parece tan desproporcionada. Pensemos, por ejemplo, a Pablo Escobar exigiendo, para aceptar su prisión, que la Asamblea Constituyente incorpore la norma según la cual los colombianos no pueden ser extraditados. El "estado" se inclina ante alguien que tiene "más poder" en ese momento y que introduce, cual el líder supremo en el que piensa Giorgio Agamben, un "estado de excepción" en la historia política-constitucional colombiana.

Por lo menos, desde Max Weber en adelante, convenimos en que un estado requiere de la monopolización del uso de la fuerza en un territorio que esté sometido a sus designios. Esta definición es una reconstrucción perspicua de la concepción "moderna" del estado de derecho que, a diferencia del modelo feudal, no dispersa su fuerza sino que la concentra, a la vez que controla a sus eventuales "competidores". Esto no es, ni más ni menos, que lograr consolidar el Leviathan del que hablaba Hobbes, es decir, el "monstruo" que iba a lograr concentrar todo el poder en un territorio, el del estado nación, a fin de lograr la paz y la seguridad de los súbditos. En oposición al Leviathan, tenemos al Behemoth, el monstruo propio del estado de naturaleza. Según Hobbes, durante el estado de naturaleza, la vida es precaria y vacía, y la vida y los bienes del hombre están en peligro ya que el hombre es un lobo para el hombre. Lo decisivo es aquí que no hay un estado civil con capacidad efectiva

y duradera de controlar de manera unificada, bajo su mando, un territorio. Hay, en cambio, como en Colombia, diversos competidores que disputan parcelas de territorio: guerrillas, grupos de autodefensa, militares, paramilitares, narcos, etc. Colombia, conforme Andrés Hernández (2011, pp. 129-137) es, por lo dicho, más Behemoth que Leviathan. En términos de una teoría jurídica como la de Herbert Hart, podríamos decir que, en aquellos momentos de mayor turbulencia en cuanto a la disputa del territorio entre grupos facciosos, es problemático de hablar de una "regla de reconocimiento" conforme la cual se identifique a un estado soberano ad intra (Garzón Valdés, 1995, pp. 25-37). Más aún, los jueces que operan en los territorios que están bajo el dominio de guerrillas o narcos, se conciben a sí mismos no a partir de creencias estables en su fidelidad plena a la ley del estado, sino que son jueces sin estado pendientes, y ansiosos, por ver cuál decisión imponen los miembros jerárquicos de los mencionados grupos (García Villegas, 2008).

Es este mismo estado el que, además, y de manera crucial, cumple roles moralmente deleznables. Como, por ejemplo, perseguir de manera ilegal a la guerrilla, torturar y asesinar, violando las garantías constitucionales, inventando "guerrilleros" para las estadísticas, los famosos "falsos positivos" durante el gobierno del presidente Uribe, etc. Es este mismo estado el que se "ensucia las manos" no solamente persiguiendo de manera ilegal a los guerrilleros, o eventualmente a los narcos, sino que también utiliza maniobras fraudulentas, mediante leyes con enunciados lingüísticamente vagos, que garanticen prácticamente la total amnistía de criminales atroces dentro de la milicia y los paramilitares. Es así como, persiguiendo "monstruos", como decía Nietzsche, el mismo estado se convierte en un monstruo perverso.

Por último, es el mismo estado, el que a través de políticas públicas que a lo largo de décadas favorece a los ricos de manera casi pornográfica, de espaldas a la desigualdad antes referida, propicia, causalmente, buena parte de la violencia que se ha relatado párrafos atrás.

3.2. Algunas recetas pacificadoras

Lograr la paz en una nación con problemas como los antes descriptos requiere de una operación compleja sostenida a lo largo de muchos gobiernos que se sucedan en Colombia. Incluso gobiernos de signos opuestos, deberían, antes que nada, lograr un consenso básico. Los consensos, como dice Cass Sunstein (2010), pueden ser "incompletos". Sin embargo, Colombia, ante todo, debería lograr uno básico. Uno de estos objetivos más visibles en los últimos tiempos es la paz. Aquí tomo en consideración, a título de ejemplo, los diálogos de la Habana entre las FARC y el gobierno de Santos (durante 2012 hasta el 2016). El proceso de estos acuerdos es complejo y no fácil de implementar (Ramírez, 2016, pp. 82-87; Lemoine, 2016, pp. 33-38). Como sabemos, logrado el acuerdo en la Habana sobre unos puntos básicos tales como desarme de las FARC, aceptación de las penas correspondientes, posterior introducción a la vida política, satisfacción a las víctimas, etc, tal acuerdo fue remitido a un plebiscito en cuyo resultado positivo confiaba el presidente Santos (Ramírez, 2016, pp. 45-47). Empero, el 2 de octubre, el resultado fue un NO desalentador (http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-3753752010). El 50.24, influido, entre otras cosas, por la derecha uribista, había rechazado el acuerdo de paz que tanto había logrado concretar. El presidente Santos, hoy premio nobel de la paz, no arreó las banderas. Procuró asimilar varias objeciones de la derecha uribista y lograr, el 24 de noviembre de 2016, un nuevo acuerdo de paz. Acuerdo que, según su estimación, debería ser trasladado a leyes concretas en 2017 y a una implementación social más o menos plena para 2018.

La paz buscada por la presidencia de Santos es un noble objetivo y parece ser la respuesta obvia a la violencia antes descripta. No se trata de la búsqueda de una paz efímera, de un "armisticio". Como diría Kant en su Paz perpetua, obra de 1795, debe tratarse de una paz "duradera" (véase Holst, 2002, pp. 291-319).

¹⁰ Es curioso que el "sí" al acuerdo lo dieron comunidades directamente afectadas por el conflicto armado, en cambio el " no" comunidades alejadas del mismo.

Ahora bien, para despejar cualquier inconveniente semántico, de aquí en adelante, puede entenderse el término "paz" en dos sentidos: uno negativo y otro positivo (Galtung, 2003). El negativo puede asumirse como la cesación del conflicto armado, la dejación de las armas. La "guerra" ahora debe ser "política", y "democrática", y no armada. Parte de las herramientas de negociación de la denominada "justicia transicional" se enderezan a cumplimentar el sentido negativo.

El sentido positivo de la paz apunta a que las relaciones intersubjetivas entre los diversos actores (gobiernos, guerrillas, víctimas, campesinos desplazados, militares, paramilitares, etc.) deben ser "restauradas". Debe haber una resiliencia en las relaciones. Esta resiliencia puede lograrse por varios conductos. En primer lugar mediante lo que llamaré pronto, siguiendo a Honneth, "reconocimiento recíproco"; reconocimiento que restituya subjetividades o identidades saludables en los colombianos. Además de lo adelantado, la resiliencia se puede logar a través de la justicia restaurativa, justicia que forma parte de la justicia transicional.

Me permitiré aquí, además, añadir un tercer sentido para el término paz y que llamaré "súper-positivo". Conforme este sentido, deben ser cambiadas de modo global, sistemático y perdurable, las condiciones de desigualdad en sus diversas esferas, por un lado, así como robustecer el estado de derecho colombiano a fin de que no solamente tenga el monopolio sobre todo el territorio. Más bien, se trata de que tal monopolio sea "legítimo". Entendiendo por legítimo que tal monopolio se de en el marco de una sociedad profundamente democrática, socialmente inclusiva y equitativa. Como se verá prontamente, el sentido súper-positivo demanda, entre otras cosas, una sociedad bien ordenada en términos rawlsianos que, líneas más adelante, explicaré.

Si los tres sentidos de paz no se cumplen en forma global, sistemática y perdurable, diría que es imposible una paz "plena", paz que se define por la reunión conjuntiva de los tres sentidos arriba indicados.

Además de lo anterior, la paz plena no se conquista, para parafrasear a Hans Kelsen (2008), solamente por medio del derecho"¹¹.

¹¹ El derecho internacional en este caso, pensando en las condiciones ju-

El derecho, como se ve en los tres sentidos del término paz que acabo de explicitar, es solamente una parte de esta búsqueda de reversión de la violencia extrema de Colombia; violencia extrema en los términos definidos a inicio de la sección 2. En lo que sigue, intentaré, de una manera más bien esquemática y general, esto es, de una manera no exhaustiva, pero sí representativa, articular, desde el punto de vista de la filosofía política, algunos aspectos que pueden fungir como salidas pacificadoras para Colombia. Para la tarea de propuesta de salidas, tendré en cuenta los dos problemas que mencioné antes (desigualdad y estado de derecho débil o nulo).

i) Hacia una sociedad del reconocimiento recíproco

El teórico frankfurtiano Axel Honneth (2016, pp. 51-119)¹² ofrece una rica reconstrucción de la filosofía política subyacente a la Filosofía del derecho de Hegel (originalmente editada en 1821; ahora Hegel, 2004).

Un producto medular de tal reconstrucción se expresa a través de la categoría conceptual de la denominada "lucha por el reconocimiento". Conforme la reconstrucción que Honneth (1997) hace de Hegel, la categoría basilar con la cual Hegel procura armonizar la libertad individual con el estado de derecho se constituye a partir de la categoría conceptual denominada "reconocimiento". La definición estelar de este idea o concepto consiste en que aceptemos la proposición según la cual la "humanidad", y la conciencia moral", se construyen con el otro, a la par del otro. El "prójimo", "el otro", es, además, condición necesaria (no suficiente) de la articulación de la "subjetividad", de la "determinación" de la "identidad" de cada agente que forma una sociedad.

Justamente, la falta de reconocimiento, o la existencia de reconocimientos deficitarios, explican lo que Honneth, a partir de Hegel, llama "patologías"; patologías que suscitan un sufrimiento en el sujeto por quedar "indeterminada" su subjetividad.

Siguiendo el derrotero de la Filosofía del derecho de Hegel, Honneth distingue tres esferas principales de reconocimiento, sin rídicas para las relaciones pacíficas entre estados.

¹² Sobre todo en sus Spinoza Lectures de 1999 en la Universidad de Amsterdam.

las cuales, la identidad o subjetividad de los sujetos o agentes, queda "indeterminada", e incluso "dañada". Estas son tres: la familia, los derechos de los agentes, y la solidaridad. La familia es la esfera inicial que da cobijo, protección y ayuda al desarrollo saludable del sujeto. El maltrato físico o psicológico, el abuso o la violación son patologías relativas a esta esfera y, por tanto, fungen como formas del "menosprecio".

La esfera de los derechos es la que, por su lado, permite también reconocer las obligaciones. Pero, sobre todo, tales derechos de los que son portadores los sujetos, en el marco de lo que Hegel llamaría el "derecho abstracto", fortalecen la idea de estos de que son sujetos moralmente autónomos a los que se les debe respeto. Por lo pronto, aquí debo abrir un inciso para aclarar dos cosas. Primero que los derechos que tiene en mente Hegel son propiamente individuales¹³ y forman parte de la modernidad burguesa, lo cual no empece, en una lectura contemporánea como la que deseo proponer, a su "ampliación" a derechos, por ejemplo, de tipo social, cuya satisfacción exige el imperativo moral de la teoría de la justicia consistente en la igualdad. La autonomía moral que soporta los derechos, o la llamada "consciencia de sí," se perfecciona, en el segundo estadio denominado por Hegel "moralidad"; estadio que se distingue, a su tiempo, del tercero y más perfecto que es el de la "eticidad" (sittlichilkeit); eticidad que comprende, a su vez, esferas como la familia, las corporaciones y el estado de derecho que es, finalmente, el summum bonum de la eticidad en el planteo hegeliano.

Ahora bien, como lo muestra Honneth, ser consciente de los derechos es una forma de "auto-respeto". Precisamente, el auto-respeto figura, y no porqué sí, en la Teoría de la Justicia de John Rawls, como un "bien primario" que debe ser garantizado. La violación de estos derechos, o la exclusión de algunos de su portación, como se comprueba en Colombia por diversas vías, generan una patología que, en términos de Hegel-Honneth, llamaríamos la "desposesión".

Por último, la esfera de la solidaridad es aquella, según Hegel, en la cual los sujetos desarrollan algunas de sus capacidades personales distintivas a fin de perseguir, en forma armónica con los otros,

¹³ Por ejemplo los derechos contractuales, de propiedad, etc.

metas colectivas. Si esta esfera es vulnerada, surge la patología del deshonor. Esto porque, al romperse el tejido social, sus necesarios vínculos solidarios y el estatus social de cada miembro se ve degradado. La mirada del otro no es de reconocimiento del valor de la participación de cada uno de sus próximos. En consecuencia, la falta de solidaridad es otra forma de devaluación o menosprecio con potencial socialmente destructivo.

La idea de Honneth, y la de Hegel, es que las tres esferas mencionadas, son formas cada vez más complejas, y altas, de "autorrealización" individual. Tal autorrealización potencia cada vez más la libertad del sujeto, un sujeto que, en los planteos de estos filósofos, no es meramente formal y burgués o individualista. La tesis es que somos todavía más libres en el marco de una sociedad que permite el desarrollo armónico de metas colectivas Y esta sociedad, para ser tal, requiere de un estado de derecho sólido y no uno débil en los términos definidos en la subsección b). Solamente una comunidad que procura garantizar que las familias nos protejan, que no nos excluyan del goce y empoderamiento de los derechos, y que nos permitan realizarnos con el otro de manera solidaria, es una sociedad con potencial de justicia. Es una sociedad que garantiza sujetos con identidades saludables, no dañados por el menosprecio. Al final, esta es una manera, si se quiere aristotélica, de reafirmar que "somos con el otro".

El menosprecio patológico en Colombia se ha extendido por años. Por ende, el reconocimiento recíproco saludable está deteriorado seriamente, con lo cual el sentido positivo de paz, debe ser activado enérgicamente mediante políticas públicas que propendan a la resiliencia de las relaciones intersubjetivas y a la restauración de identidades no dañadas.

Empezando por las familias, la cantidad de abusos sexuales en Colombia tiene al 41% de los agresores metidos dentro de la misma casa¹⁴. Esta es una forma de violencia que no apareció en mi escenario empírico diseñado con especial énfasis de la violencia paramilitar, estatal, guerrillera y narco. Pero sin duda es también una

¹⁴ Cada una hora dos niños o niñas son sexualmente abusados en Colombia. Véase http://www.eltiemp o.com/politica/ justicia/info rme-sobre-abuso-sexua l-infantil-en-colombia/148 50195

fuente brutal de violencia que se conecta con la primera patología y menosprecio del que habla Honneth, patología que tiene que ver con la existencia de familia que, lejos de proteger a sus niños, los abusa, los viola sexualmente.

Por su parte, y utilizando el aparato conceptual de Honneth, debe quedar en claro que lo patológico también se explica por la "absolutización" de una esfera, de las antes distinguidas, en detrimento del recorrido por las otras esferas tan legítimas como aquélla. Así, por caso, la absolutización de políticas neoliberales ha incrementado, a la altura de gigantes, una concepción del individuo burgués, individualista, portador de derechos apreciados solamente desde el punto de vista de la explotación mercantil capitalista. Esta absolutización se ha dado en el contexto del neoliberalismo de los 90. Aunque sus irradiaciones hasta el presente han sido matizadas por políticas agrarias de restitución de tierras, de vivienda digna, etc., no se ha terminado con los efectos brutales de las políticas neoliberales. Pensemos, al respecto, en la vigencia de un extractivismo minero que desposee a Colombia de sus riquezas mineras y a las condiciones paupérrimas y vitalmente riesgosas de trabajo de los mineros, por ejemplo, de los que extraen oro o esmeraldas¹⁵.

A tenor de estas coordenadas conceptuales ofrecidas por la teoría del reconocimiento, de las patologías correlativas a cada esfera, y teniendo en mente el ideal liberal-social de autorrealización individual, autorrealización que libera un poder "emancipador" en los sujetos, se podría intentar explorar, esta es mi sugerencia por lo menos heurística, en el caudal pacificador del valor del reconocimiento mutuo. Esta es una forma, si se quiere, que llena parte del sentido positivo del término "paz" que se delineó líneas atrás, ya que apunta a la idea de relaciones intersubjetivas no patológicas o dañadas. Y también al súper sentido positivo ya que se dirige a mostrar que, sin el respeto de la esfera de los derechos, no es posible la autorrealización individual plena. Esta autorrealización requiere de políticas sociales agresivas en materia de igualdad, propiciando, así, mayores ámbitos de elevación del auto-respeto en las clases sociales dañadas por el menosprecio del desconocimiento. Una sociedad

¹⁵ http://www.eltiemp o.com/a rchivo/docume nto/CMS-133668 35

donde la riqueza se concentra groseramente en pocas manos, es una sociedad patológica y la paz, en sentido pleno, esto es, en los tres sentidos ya descritos, difícilmente enraizará de modo perdurable, a menos que el balance de la distribución de la riqueza, del reconocimiento de la dignidad de todos, etc., sea cumplido. El lema es "solamente soy con el otro y en el otro". En la teoría honnethiana no se trata de un lema ontológico puro sugerido por el uso del "soy" sino plenamente normativo. La subjetividad y la autorrealización son saludables en la medida en que se respetan las legitimidades de todas las esferas normativas ya indicadas oportunamente por Hegel en su Filosofía del Derecho.

ii) Hacia una sociedad bien ordenada

Desde los cartabones del liberalismo político ha sido John Rawls quien ha llamado la atención, una y otra vez, sobre la relevancia práctica de la categoría político-moral de "sociedad bien ordenada" (por ejemplo, Rawls, 1997, p. 6). Una sociedad bien ordenada requiere, esencialmente, la satisfacción de dos condiciones: por un lado, el respeto de la legalidad, conforme incluso los propios criterios del pueblo de que se trate y, por el otro lado, del respeto de los derechos humanos (Rawls, 1997, p. 6). Rawls ha dicho que sin el respeto a la legalidad y a los derechos humanos un estado resulta ilegítimo. Empezando por el respeto a la legalidad, digamos lo siguiente: si convenimos en la verosimilitud de la doctrina politológica que indica que el estado colombiano ha sido un Behemoth y no un Leviathan, entonces deberíamos inferir -lícitamente- que Colombia no encarna una sociedad bien ordenada. A la larga, añadamos, sin el respeto público a los derechos humanos las sociedades no solamente están mal ordenadas por violar la otra condición puesta por Rawls sino que, también, son potencialmente inestables, tal como atestiguan los momentos de mayor violencia extrema en Colombia.

La teoría de la justicia, entendida bajo el rasero rawlsiano, como el respeto a la legalidad y a los principios de justicia referidos a la libertad y a la igualdad de trato y oportunidades, no tiene satisfac-

ción duradera si las sociedades no respetan las dos condiciones especificadas anteriormente.

Todavía más: cuando Rawls medita en el Derecho de Gentes, esto es, en la articulación de una sociedad de sociedades que regule las relaciones válidas entre estados, presupone que las sociedades están bien ordenadas, al menos desde el punto de vista de su teoría ideal. Si una sociedad, desde el punto de vista no ideal, en cambio, carece de las condiciones adecuadas para integrarse plenamente a la sociedad de sociedades, entonces, conforme a Rawls, deberá vertebrarse una discusión concreta, a saber: acerca de si los estados ricos o poderosos tienen un deber de asistencia para las mismas o si, como otra alternativa, no deberá aplicarse el "principio de la diferencia" a estos estados deficitarios a fin de igualarlos con los que poseen condiciones adecuadas para fungir como sociedades bien ordenadas¹⁶.

Contestes entonces con la categoría conceptual rawlsiana que estoy empleando, Colombia no es una sociedad bien ordenada¹⁷. Es un truísmo que no está de más asentar, el decir que el estado de derecho solamente será legítimo, y no débil como se vio párrafos atrás, en la medida en que se empeñe de modo global, y sistemático, en, por un lado, que el derecho no sea solamente un conjunto de normas "en el papel" y se respete en consecuencia la legalidad y, por el otro, en que se amplíen y respeten los derechos humanos. Sin la conquista genuina de esta legitimidad, es difícil pensar la paz en los tres sentidos antes explicitados. Pensémoslo desde el reverso al mismo asunto. Parece improbable la cesación de una sociedad extremadamente violenta (sentido negativo del término paz) allí donde los derechos humanos, en sus diversas esferas (participación, individuales y sociales), no se respetan. A esto agreguemos la legalidad. Si los sujetos perciben modos inequitativos de aplicar la le-

¹⁶ Esta temática refiere al debate entre cosmopolitistas y rawlsianos estrictos en cuanto a cómo tratar a naciones que no satisfacen el doble test de sociedades bien ordenadas. No me meto a fondo aquí con esta discusión para no desviarme del hilo del presente trabajo.

¹⁷ Desde el punto de vista sociológico, hay amplias referencias a la falta de pregnancia de la legalidad en la sociedad colombiana. Véase, por ejemplo, a García Villegas, 2009; 2014; Rodríguez Garavito (coord). 2011.

galidad y, sí, además, perciben "bolsones de impunidad", entonces no será extraño, desde el punto de vista empírico, encontrar figuras como las de Pablo Escobar que, a la par de su repudio explícito, son implícitamente aduladas por jóvenes pobres descontentos con un sistema que aplica la legalidad en "forma selectiva".

Agreguemos a lo anteriormente señalado lo siguiente: el poder de "influencia" o "impacto" en la política pública federal y local de grupos históricamente más relegados, como los afrocolombianos, por ejemplo, es débil. La ley 70 de 1993 es harto insuficiente para conjurar la violencia entre indígenas, campesinos y población afro. Solamente políticas públicas inteligentes, y holísticamente eficaces, restaurarán las subjetividades dañadas (sentido positivo del término paz) y logarán empoderar a los más desfavorecidos, exponenciando, así, redes virtuosas de cumplimiento del sentido súper-positivo del término paz.

Por su lado, no olvidemos que los derechos y garantías de un debido proceso fueron vulnerados persistentemente en Colombia. Por caso, meditemos por un segundo en las políticas uribistas de los "falsos positivos". O en las políticas consistentes en desatender los derechos de las víctimas a la reparación, no sólo material sino jurídica también, en la medida en que los perpetradores de crímenes atroces fueron amnistiados o punidos con penas no superiores a los ocho años (para mayores detalles Quinche Ramírez, 2014, pp.210-211).

Lo indicado en el párrafo anterior se potencia si, ahora, pensamos puntualmente en los derechos sociales, cuya satisfacción contrarresta franjas históricas de desigualdad en Colombia. Este pensamiento debería guiar, cada vez más, a todos los gobiernos que se sucedan a la eliminación gradual de años de políticas neoliberales; políticas que han incrementado la desigualdad y suscitado, en los términos de Honneth, filósofo anteriormente examinado, corrientes patológicas de menosprecio.

çComo sea, reitero: la sociedad bien ordenada, piedra de toque de la legitimidad estatal, demanda, en Colombia, un respeto amplio e irrestricto por todas las esferas de los derechos. Mi tesis filosófica, pero que podría ser también empíricamente probada, es que la paz, en sus tres sentidos, se consolida en una sociedad bien ordenada.

iii) La justicia transicional

Ahora viene el tema dilecto de las discusiones sobre la paz en Colombia: la justicia transicional. Un gran caudal de literatura teórica, así como de discusiones, ha pasado por esta temática. Sin embargo, esta cuestión no es más que la fruta del postre. Antes hay que cocinar el postre, lo cual equivale a lograr un reconocimiento saludable entre los actores y a respetar e incrementar sus derechos. Ambos aspectos son condiciones necesarias (no suficientes) del proceso de justicia transcional.

Con el sintagma "justicia transicional" se alude a un complejo conjunto de estrategias político- legal e informal tendientes a pasar de una sociedad en conflicto armado interno y violento a una sociedad pacífica.

No diré nada nuevo, por cierto, si recuerdo que la categoría "justicia transicional", según como se aplique, puede suscitar diversos dilemas (Betegón, 2014, p. 25 y ss.). Desde un punto de vista general, ello puede corroborarse cuando se reconstruye la trama compleja de intereses de los diversos actores intervinientes. Lograr la paz, en los tres sentidos distinguidos oportunamente, supone, a la larga, dejar tranquilos, para no decir felices, a la guerrilla, los campesinos desplazados, las diversas víctimas de los crímenes, los paramilitares y el ejército.

Ahora bien, el "proceso" de la justicia transicional debe distinguirse del "producto" de la misma. Para empezar, digamos que existen teóricos como Jon Elster (2006) que sostienen que es problemático hablar de una "teoría general de la justicia transicional". Ello porque la categoría en cuestión debe ser "contextualmente sensible" a las peculiaridades históricas, culturales, institucionales, del país que se procura pacificar. Con todo, parece que algunos rasgos generalizables se pueden identificar. Por ejemplo, en cuanto al proceso, tiene razón Juan Ramón de Páramo Arguelles (2014, p. 12) cuando señala que los diversos pasos de justicia transicional, por ejemplo, diálogos, acuerdos, referéndums, leyes, implementación social, etc., no se logran solamente a base de los "mejores argumentos", conforme una teoría de la democracia deliberativa y de la ar-

gumentación racional. No es posible preterir, y esto dicho desde el más sensato olfato empírico, en la presencia de las "negociaciones".

Las negociaciones, por lo general, constituyen, estrategias, más o menos sofisticadas, de persuadir al otro a satisfacer unos intereses determinados. En los términos de una teoría racional del discurso, no se trataría de actos comunicativos ideales que respetan la simetría entre las partes y el deber de dar el mejor argumento. Más bien, las negociaciones recurren a una fauna de artimañas, e incluso de veladas, o no veladas, amenazas y promesas de represalia o coacción. Por ejemplo, amenazas de no liberar presos políticos, o secuestrados por las guerrillas, o promesas de nuevos atentados, etc. Lo dicho en cuanto al proceso, no obsta a reconocer la posibilidad –y la necesidad- de cribar la negociación por procesos democráticos y racionales de deliberación. Sin esta criba la legitimidad de las leyes, que reflejasen los acuerdos, sería muy endeble y sujeta a tachas de inconstitucionalidad.

En cuanto al producto de la justicia transicional, no existe, por supuesto, una única posibilidad. Si se quiere una pacificación que integre a los diversos actores, no se puede preterir, por ejemplo, el derecho de las víctimas a la verdad de lo que ocurrió, a la reparación integral y a la satisfacción del deber de no-repetición. Pero las víctimas no son los únicos actores políticos. La parte agresiva del conflicto armado, guerrilla, ejército, paramilitares deben tener un tratamiento político-jurídico. Y este tratamiento no es uniforme. No existe una única receta. Y la conveniencia de la misma debería, en términos ideales, ser lograda por un delicado equilibrio reflexivo¹⁸ entre negociación y deliberación racional, y entre argumentos políticos y jurídicos. Por ejemplo: si se decidiera priorizar la verdad histórica y la reparación integral a las víctimas, se daría una suerte de perdón compensador, como dice Rodrigo Umprimny (cita tomada de Páramo Arguelles, 2014, p. 33) Pero, si en cambio, hay además punición de los responsables principales y sus mandos

¹⁸ Se trata de un método utilizado por Nelson Goodman en Fact, Fiction and Forecast, y luego apropiada por John Rawls y otros teóricos políticos y morales. La idea es obtener puntos de armonía o coherencia entre intuiciones y principios que, en su comienzo, pueden verse como incompatibles.

inferiores, tal perdón, si procediera bajo la asunción de que el victimario admite su responsabilidad, sería un diseño institucional distinto, estilo perdón responsabilizador. En el medio de la discusión acerca del mejor diseño institucional "posible" para Colombia, debe saldarse la pregunta acerca de si factible un equilibrio reflexivo entre una justicia punitiva y una reparatoria. Y, como si fuera esto poco, la discusión de cómo puede adecuarse la justicia colombiana con los preceptos del derecho penal internacional¹⁹ (Quinche Ramírez, 2014, pp.199-232).

Ahora bien, desde el punto de vista moral, debe ser el propio estado el que "lave la sangre de su bota". Y esto solamente se logra investigando y reprimiendo los crímenes que en su nombre se han cometido. De lo contrario, advendría otro síntoma patológico en los términos de Honneth y otro signo de sociedad mal ordenada, rawlsianamente hablando. Imponer desde el estado castigo a los otros actores, requiere del estado autoridad moral y esta autoridad debe ser conquistada por diversos mecanismos: desde la represión a los crímenes de "estado" hasta la articulación de una "agresiva" política de ampliación de los derechos humanos que se traduzca, sobre todo, en el "empoderamiento" de los sectores más vulnerables y socialmente desprotegidos.

Como señalé al comienzo del tratamiento de este punto, muchos politólogos y juristas se centran en la temática de la justicia transicional, sobre todo, desde el punto de vista jurídico, atendiendo al tema del equilibrio de fuerzas, especialmente en lo que atañe al castigo y su relación con la posibilidad de reincorporación de los sectores antes guerreros a la vida política del ahora. Sin embargo, con esta mirada se soslaya un poco, o se deja en un segundo plano, el tema del reconocimiento y la sociedad bien ordenada. En todo caso, estas dos cuestiones quedan como "implícitas" en algunos de los discursos pertinentes. Pero, más allá de ello, parece indudable que no hay paz, ni en cuanto a la dejación de las armas y la desmovilización, ni en cuanto a la reparación de las víctimas, si las negociaciones-deliberaciones no logran puntos de equilibrio reflexivo

¹⁹ Para una elaboración dogmática sofisticada sobre el derecho penal internacional véase Kai Ambos, 2005.

con relación a los ítems que mencioné párrafos atrás. Pues, como mi reconstrucción intenta sugerir, los tres ítems (reconocimiento, sociedad bien ordenada y justicia transicional) están conceptualmente enhebrados.

iv) La terapia emocional y el papel de las representaciones artísticas

Líneas atrás hablaba de que el sentido positivo de paz presuponía la necesidad de reparación o resiliencia, tanto individual como colectiva, en una sociedad patologizada por el menosprecio y la violencia. Un sub-producto de la violencia, colateral o no intencionado, es una "cultura de la violencia". Entiendo por "cultura" un entramado de creencias y emociones patentizadas en símbolos y modos de desempeño social. Pues bien, un cambio cultural supone un cambio en las creencias-emociones que llevan a la violencia extrema. No habrá pacificación plena, en el sentido de cumplir con los tres sentidos distinguidos en su momento, a menos que esta cultura vaya cambiando gradualmente. No creo que aquí sea conjeturable un "salto cultural revolucionario", en los términos kuhnianos de "cambio de un día para otro", de un paradigma de violencia extrema por un paradigma de paz plena. Salvo, por cierto, que este proceso de paz encarado por Santos, introdujera con éxito corrientes causales poderosas de alivio, serenidad y alegría social que posibilitaran, a su tiempo, el cambio causal completo de la cultura de la extremada violencia.

Con independencia de mi conjetura, parece obvio, aunque es un punto también muy desatendido, pensar en formas necesarias de "terapia emocional" para producir el cambio de una sociedad extremadamente violenta a una sociedad pacífica. No sólo de cambio, claro está, para las víctimas sino también para los perpetradores más activos de la violencia. Las víctimas deben ser reparadas, los perpetradores ayudar a la consecución de la verdad histórica, de la aceptación de culpa, castigo, etc. Mi hipótesis, de tono filosófico, es que parte de esta terapia se concreta en el reconocimiento mutuo y la sociedad bien ordenada. Sin embargo, transitar por esos puertos, parece demandar rutinas terapéuticas que lleven al cambio emocional.

Las emociones, como ha visto Martha Nussbaum (por ejemplo en 2006, 2014, 2016), pueden entenderse, como "disposiciones con manifestación corporal", que enhebradas a ciertas creencias, tienen dirección intencional. Las emociones, conforme esta perspectiva, pueden ser moldeables racionalmente y manifestarse de modo prudente, es decir, de manera apropiada, respecto de las personas apropiadas, en el momento apropiado y en la situación apropiada. Esta idea de prudencia, que en último término, tiene estirpe aristotélica, no se logra de manera espontánea, de una sola vez. Las emociones apropiadas requieren, si se me permite el neologismo, de la rutinización, de los "hábitos", que permitan su reiteración reflexiva a lo largo del tiempo. Así, por ejemplo, es posible desplegar la ira de manera apropiada exigiendo penas proporcionadas por los crímenes atroces cometidos durante el conflicto armado interno por los diversos actores pertinentes. Si, a diferencia de la ira, pensamos en el perdón y la compasión, tales emociones, administradas por las rutinas adecuadas, podrían demandar la verdad de lo ocurrido y el perdón por el crimen en la medida en que el otro, el dañador, reconozca sinceramente su culpa y ofrezca la verdad de lo ocurrido, junto a la promesa fuerte de no hacer nunca más lo que hizo.

Cuando hablo de emociones apropiadas, no estoy seguro si estoy siendo tan exigente como lo establece la doctrina moral del satyagraha de Mahatma Gandhi (Snow, s/f). Esta doctrina, moralmente sofisticada, exige ser compasivo con el opresor en la medida en que éste se pliegue a la demanda moral legítima de su víctima.

Pero, en cualquier caso, de algo estoy seguro: la paz plena, en los tres sentidos distinguidos líneas atrás, no se logrará sin un cambio en las emociones de los diversos actores; emociones o pasiones que, como sabemos, Pascal alojó metafóricamente en el corazón.

Pensar en la terapia emocional requiere de parte de los actores, y principalmente del estado como oferente de la paz, en la posible articulación de diversas rutinas educativas y conmemoratorias, que permitan a los colombianos, moldear o "reformatear" sus emociones. Creo que, en este sentido, las representaciones artísticas pueden hacer mucho (Lariguet, 2015, p. 110). El teatro, la música, el cine, la literatura, etc., pueden ayudar a hacer el trabajo complejo de "ca-

tarsis", "resiliencia" y restauración saludable del reconocimiento mutuo entre los diversos actores de la tragedia colombiana. Un solo ejemplo: creo que la lectura de la novela *El olvido que seremos*, de Héctor Abad Faciolince, puede mostrar el horror, y la locura, del asesinato del Dr. Héctor Abad Gómez, padre, siendo éste un humanista genuino, un hombre que luchó por lograr una sociedad colombiana del reconocimiento, bien ordenada, una sociedad cuyos miembros desplegaran las emociones apropiadas. En su caso, emociones para una mayor democracia, emociones para una mayor inclusión de los desaventajados sociales, etc.

El papel coaduvante de un cambio emocional, a través de la lectura, que junto a otras herramientas de la democracia, pueda colaborar, al menos parcialmente, en el eventual cambio de creencias y emociones negativas o violentas, es señalado por el propio Héctor Abad Faciolince (en Rivas 2016, p. 78) cuando dice lo siguiente:

"Tanto la violencia paramilitar, como la guerrillera, como la del Estado y la de los narcos, han bajado. No digo el tráfico, ni el abuso, ni la existencia, pero hay un poco de pudor: ya nadie defiende abiertamente que los paramilitares maten, que los guerrilleros secuestren, que los militares desaparezcan o que los narcos regalen campos de fútbol. Ya no es la ciudad (de Medellín) del horror de 1987 o de 1991...En esos años había un magnicidio cada tres meses y cincuenta homicidios cada fin de semana. Ahora hay cinco. No debería haber ni uno. Pero es distinto. Obviamente que esto no lo ha conseguido mi libro, ni todos los libros juntos de Colombia que han denunciado con pasión distintas violencias. Pero esa sopa literaria, unida a otros actos de los ciudadanos y, a veces, de los gobernantes, han servido".

En resumen, y conforme la cita efectuada atrás, el lema sería "no hay paz plena" sin un cambio en los corazones, sin diversas rutinas o hábitos que incorporen cambios emocionales favorables a la paz, a la aceptación de culpa, a la necesidad de reparación, etc.

IV. Conclusiones

En este trabajo he procurado perseguir dos objetivos. Relevar los problemas para la paz en Colombia, los obstáculos propios de una sociedad extremadamente violenta, y en pensar en posibles salidas pacificatorias.

De manera precavida, ofrecí definiciones del término violencia y del sintagma "sociedad extremadamente violenta". También aclaré el sentido del término paz, distinguiendo tres usos relevantes. Estas definiciones y distinciones me permitieron sacarme de encima eventuales malentendidos terminológicos y, en lo positivo, me ayudaron a operar filosóficamente después.

Mi estrategia metodológica no ha seguido de manera directa los enfoques de violentología y de la paz. Más bien, mi metodología ha sido el análisis filosófico de una realidad empírica previamente escenificada. Tal análisis fue basado en la selección de diversos elementos de filosofía política relacionados al reconocimiento recíproco, la sociedad bien ordenada, la justicia transicional y el cambio emocional en sentido terapéutico. Quiero aquí aclarar que, por ejemplo, mi selección de Honneth y Hegel, por un lado, y de Rawls, por el otro, no obedece a un oxímoron producto del descuido. Por razones que el propio Honneth da, creo que hay posibilidad de construir una teoría liberal de la justicia dentro de Hegel. Quizás sea una teoría, que a diferencia de la rawlsiana, lleve cierta dosis de perfeccionismo. Sin embargo, aquí no he pretendido construir una macro-teoría filosófica, sino en tomar algunos retazos pertinentes. Será, en todo caso, tarea de otro trabajo, mostrar las compatibilidades posibles entre Hegel y Rawls.

Yendo al grano: para mi análisis filosófico propugné un escenario empírico mínimo que fungiera como conjunto de datos de campo, como diría un sociólogo, o de "circunstancias iniciales" que debe contemplar, en este caso, una teoría de la justicia preocupada por la igualdad máxima posible y un estado de derecho fuerte. Tales datos empíricos fueron seleccionados a partir de fuentes de información confiables, literatura teórica pertinente, testimonios de protagonistas centrales de la historia violenta e incluso relatos periodísticos de gran alcance.

Utilicé, como se vio oportunamente, los datos empíricos identificados, como aspectos que luego podían ser traducidos a términos conceptuales. En este caso términos como desigualdad, estado de derecho débil, etc., me posibilitaron la reconstrucción unificada de datos empíricos diversos, colectados desde puntos de vista políticos, socio-económicos, militares y jurídicos. La correlación entre datos empíricos y condiciones conceptuales que explican filosóficamente la violencia no intentó ser exhaustiva y por ello dije que las mismas eran necesarias pero probablemente no suficientes. Las "puentes" entre lo empírico y lo conceptual se construyeron con marcadores tomados del desempeño de la violencia en diversos niveles: exclusión del beneficio de derechos a clases desaventajadas, inequitativa distribución de la tierra, de la riqueza, etc.

Al final, propuse un recetario, si se quiere "exploratorio", de posibles recetas, nada sencillas por cierto, para llegar a la pacificación en los tres sentidos que distinguí en su momento. Categorías conceptuales como el reconocimiento, la sociedad bien ordenada, la justicia transicional y la terapia emocional fueron tratadas para dar cumplimiento a este propósito. Se podría añadir, a lo dicho, que estas recetas puede hacer parte de una "explicación filosófica" de los acuerdos de paz hasta ahora alcanzados y que esperan implementación institucional.

Las recetas mencionadas, sin embargo, necesitan un "punto de hervor" profundo que no he mencionado y me he reservado para el final. Este punto de hervor es el "consenso básico" entre todas las fuerzas políticas consistente en respetar a futuro los acuerdos de paz. Hasta el momento en que escribo este trabajo, Colombia ha manifestado un preocupante deterioro en cuanto al consenso. Desde el punto de vista de la ciencia política, se podría sostener que existen puntos inestables de estabilidad política. Así, por caso, la derecha colombiana supone un obstáculo para esta estabilidad ya que ha conspirado en contra del avance del proceso de paz transitado durante y después de las negociaciones en la Habana. Lograr un equilibrio de posiciones entre las fuerzas, que se traslade al respeto de todos los gobiernos que se sucedan en la agenda de la paz, a través de la satisfacción creciente de las cuatro recetas señaladas.

y otras que se juzguen plausibles, es, de momento, uno de los grandes retos para Colombia.

Bibliografía principal

- Agier, M. y Odile, H., (2016), Comunidades enfrentadas. Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. (Número. 2). Buenos Aires.
- Alfieri, C., (2016), Drogas y geopolítica. Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Alfieri, C., (2016), El Bogotazo. Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Ambos, K., (2005), La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática. (Traductor: Ezequiel Malarino). Konrad-Adenauer Stiftung. Dunker & Humblot. Montevideo, Uruguay: Temis.
- Barthélemy, F., (2016), El noviembre de la tragedia. Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Betegón, J., (2014) "El castigo retributivo en los procesos de justicia transicional: análisis de un debate". En I. Turégano Mansilla (Ed), La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Cabrera Galvis, M. (2016). Desequilibrio externo y desigualdad.
 Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Elster, J., (2006), Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica. (Traductor: Ezequiel Zaidenwerg). Buenos Aires, Argentina: Katz
- Holst, Luitgard-Berenike. (2002), "La propuesta kantiana de paz. Un comentario sobre el debate actual en torno a la paz democrática". En P. Navarro y M. C. Redondo (Comp.) La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona, España: Gedisa.

• Fraser, N., (1997), Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición post socialista. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre.

- "TRANSCEND Articles: ¿Que Es Una Cultura de Paz Y Cuales Son Los Obstáculos?"
- https://www.transcend.org/files/ar ticle71.html (Septiembre 13, 2017).
- García Villegas, M., (2008), Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre.
- García Villegas, M., (2009), Normas de papel: La cultura del incumplimiento de reglas. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre.
- García Villegas, M., (2014). La eficacia simbólica del derecho, por una sociología política del derecho en América Latina. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional.
- Garzón Valdés, E., (1995), El concepto de estabilidad de los sistemas políticos. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gerlach, C., (2015), Sociedades extremadamente violentas. La violencia en masa en el mundo del siglo XX. (Traductor: Juan José Utrilla Trejo). México: FCE.
- Guillou, B., (2016), El desafío de paz no nació ayer. Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Hegel, G. W. F., (2004), Principios de filosofía del derecho. (Traductor: Juan Luis Vermal). Buenos Aires, Argentina: Sudamericana.
- Hernández, J. A. (2012). El Behemoth colombiano: teoría del Estado, violencia y paz. Revista de Estudios Sociales, (42).
- Honneth, A., Ballestero, M., & Vilar, G. (1997). La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales. Crítica.
- Honneth, A., Ballestero, M., & Vilar, G. (2016). "Sufrimiento de indeterminación. Una reactualización de la filosofía del derecho hegeliana". (Traductores: F. J. Hernández y B. Herzog). Buenos Aires, Argentina. Las cuarenta.
- Kant, I., (Ed. Original 1795). (2014). Presentación de Antonio Truyol y Serra. (Ed. de J. Abellán), Madrid, España: Tecnos, p. 3, parágrafo 343.

- Kelsen, H., & Kelsen, H. (2008). La paz por medio del derecho.
 (Traductor: Luis Echávarri). Madrid, España: Trotta.
- Lariguet, G., (2015), Un estudio crítico de "Political Emotions" de Martha Nussbaum. Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía. Vol. 47, N°.141. México.
- Lemoine, M. (2016). ¿Quién le teme a la verdad? Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Morales, L., (2015), "Derechos sociales y concepciones de la democracia". Revista de Teoría del Derecho, Universidad de Palermo. Buenos Aires.
- Novoa, J. L. (2016). Las fronteras de la sociedad. Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Nussbaum, M. C., (2006), El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley. (Traductor: G. Zadunaisky). Buenos Aires, Argentina: Katz.
- Nussbaum, M. C., (2012), Las mujeres y el desarrollo humano. (Traductor: R. Bernet) Barcelona, España: Herder.
- Nussbaum, M. C., (2014), Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia? (Traductor: A. Santos Mosquera). México: Paidós.
- Nussbaum, M. C. (2016). Anger and forgiveness: resentment, generosity, justice. Oxford University Press.
- Páramo Arguelles, J. R., (2014), "Argumentaciones y negociaciones en los procesos de transición política" en La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias. (Ed.: I. Turégano Mansilla). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Prolongeau, H., (2016), ¿Morir? ¿Y qué? Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Quinche Ramírez, M. F., (2014), "La transición y el proceso de paz con los paramilitares y los guerrilleros en Colombia" en La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias. (Ed.: I. Turégano Mansilla). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Ramírez, S., (2016), Demasiadas piedras en el camino. Le

monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.

- Ramírez, S., (2016), Un balance de la presidencia de Juan Manuel Santos. Avances, obstáculos, incertidumbres. Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Rawls, J. (1997). El derecho de gentes. Isegoría, 16, 5. Madrid, España.
- Rawls, J. (2002). Teoría de la justicia. (Traductor: M. D. González). México: FCE.
- Rincón, O. (2016). Pablo Escobar deviene héroe. Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Rivas, L. M. (2016). Después de García Márquez. Le monde diplomatique. Colección Explorador: Colombia. De la Guerra a la Paz. Número. 2. Buenos Aires.
- Garavito, C. A. R. (Ed.), (2011), El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno XXI Editores.
- Snow, Nancy. s/f. "The Moral Psychology of Nonviolence: The Gandhian Paradigm", en https://marquette.academia.edu/NancySnow
- Sunstein, C., (2010), Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos. (Traductor: M. A. Fernández). Cali, Colombia: Lectora Jurídica.
- Waldron, J., (2005), Derecho y desacuerdos. (Traductores: J. L. Martí y A. Quiroga. Madrid, España: Marcial Pons.

Otras fuentes

- Tiempo, Casa Editorial El. "Recordando La Fuga de Pablo Escobar de La Catedral." http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/fugade-pablo-escobar-de-la-catedral/16089168 (Septiembre 13, 2017).
- "Colombia Dijo No: 4 Puntos Para Entender Qué Pasa Ahora Con El Proceso de Paz Y Las FARC BBC Mundo." http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37537520 (Septiembre 13, 2017).

- Tiempo, Casa Editorial El. "Cada Hora Dos Niños O Niñas Son Víctimas de Abuso Sexual En Colombia." http://www.eltiempo.com/politica/justicia/informe-sobre-abuso-sexual-infantil-en-colombia-/14850195(Septiembre 13, 2017).
- Tiempo, Casa Editorial El. "La Minería En Colombia: La Maldición de Los Recursos Naturales." http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13366835 (Septiembre 13, 2017).

Utilidad y valor del método comparado

María del Carmen Piña*

^{*} Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Diplomada en Derecho Comparado (Universidad Atila Josep en Sèged, Hungría). Profesora Titular de Metodología de la Investigación Jurídica (UCC). Profesora de módulos de Derecho Comparado en Especialidades y Carrera de Doctorado (UNC, UCC y Universidad Siglo21). Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Juez de la Sala VI de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Co Directora de la carrera Interinstitucional de Derecho Laboral (UNC, UCC y Universidad del Litoral) Contacto: mcpina@hotmail.com.ar

Resumen: En este ensayo, la autora intenta, presuponiendo que el Derecho Comparado es un método, identificar corrientes de pensamiento demostrativas de desarrollo organizado y sistemático a esta concepción. Selecciona autores según el aporte de sus herramientas; por argumentos expresados al momento del estudio comparativo razonado, verificable y el valor de sus resultados. Se cotejan pistas diseminadas en investigaciones atinentes. Punto de partida, la obra de Rodière. Desarrolla el modelo metodológico de Capelletti. Muestra que Samuel utiliza argumentos compatibles con nuevos presupuestos epistemológicos y aporta progreso disciplinar. Quedan abiertas las preguntas que éste formula en su reciente estudio sobre método comparado.

Abstract: In this essay the author attempts, assuming comparative law is a method, to identify lines of thought that illustrate organized and systematic development to this concept. She selects authors based on their tools' contributions, and arguments expressed at the time of the reasoned, verifiable comparative study and the value of their results. She compares clues scattered in relevant research. Her starting point, Rodière's work. She develops Capelletti's methodological model. She shows that Samuel uses arguments compatible with new epistemological premises and contributes to disciplinary advancement. The questions that this author raises in his recent study on comparative method remain open.

Introducción

Ya la clásica obra de Rodière, dilucida hace casi cuarenta años, dos cuestiones fundamentales atinentes al Derecho comparado. La primera, relativa al interrogante respecto si esta disciplina es una ciencia, una técnica o un método, a lo que responde que se trata de un método.

Al final de su célebre creación y bajo el título Definición del derecho comparado, expresa que las críticas dirigidas a ciertas concepciones de los estudios del Derecho comparado, no se direccionan tanto a los resultados prácticos que se proponen estas diversas construcciones, sino al hecho que ellas esperan hacer de esos resultados, el objeto propio y único de la disciplina comparatista.

Ciertamente, un buen legislador debe ser inspirado por ello según sea necesario examinar lo que pasa en el extranjero, pero cuando éste estudia el estado del derecho en el extranjero, eso, no es derecho comparado. También es verdad que un adecuado conocimiento de los derechos extranjeros, ayuda a resolver mejor los problemas del derecho internacional privado, pero el derecho comparado, no se reduce a ese rol de auxiliar del derecho internacional privado.

El derecho comparado confronta las fuentes del derecho extranjero y los antecedentes de la práctica extrajudicial, sin aislarlos de su marco ni de su evolución histórica. Esta disciplina sugiere los principios jurídicos que expresan, en los países de una misma comunidad internacional, las aspiraciones y las necesidades comunes de los individuos que los componen, y en este sentido ésta puede tener funciones prácticas tales como las de ayudar a los intérpretes a una mejor comprensión de su derecho nacional, así como a indicarles el sentido en el cual las inflexiones de la regla a aplicar deben ocurrir; de proponer a los legisladores las bases de las reformas que requiere el derecho positivo, más específicamente de abrir el campo de interés de todos aquellos que colaboran en la obra jurídica y no olvida la doble misión de seguridad y de progreso que debe asumir el derecho.¹

En aquella misma obra, señala que el Derecho comparado exhibe la decadencia del nacionalismo jurídico o lo que él mismo denomina, decadencia del estatismo jurídico. Que con ello se expresa una fe nueva, pero que la misma no define lo que es el Derecho comparado.

Una vez más, Rodière muestra su fina herramienta al proponer que esa definición debe hacerse sobre el triple plano del objeto, del fin y del método.

¹ RODIÉRE, René, Introduction au Droit Compraré, Precis Daloz, Toulouse, France, 1979, pag.47.>

En primer lugar, afirma que el Derecho comparado se propone confrontar el conjunto de las reglas de Derecho y de las prácticas judiciales o extrajudiciales del mundo. Y enfatiza que no son las leyes las que constituyen el objeto, sino el conjunto de las fuentes del Derecho.

Dice que el fin del Derecho comparado, es el de encontrar las corrientes del pensamiento humano en sus relaciones con las instituciones y determinar las reglas generales de los Estados y de los movimientos de este pensamiento. De modo contundente, admite en que es por esto que el Derecho comparado se aproxima más a lo que se entiende es una ciencia, ya que no pretende servir como un arte, sino decir lo que es. No se limita tampoco a descubrir los derechos extranjeros, sino a encontrar las constantes de la evolución general del Derecho o de las relaciones estatales de las instituciones entre sí, o entre las instituciones y la política en general de los países, incluso, más ampliamente, entre las instituciones y la política general de las agrupaciones humanas.

Las razones por la que se lo considera ciencia, fueron en su tiempo expuestas por Rheinsten, conforme lo que éste entiende por ciencia.²

Waston se refiere a juristas que han sostenido que el derecho comparado no es simplemente un método sino una ciencia con su propio ámbito distinto; que no hay acuerdo en cuanto a cuál es el ámbito, y la discusión de si el derecho comparado es un método o una ciencia se ha transformado en una discusión sobre el lenguaje. Más aún, las teorías que afirman que el derecho comparado es una ciencia parecen ahora perder fuerza.³

² RHEINSTEN, Max, "Teaching Tools in Comparative Law", American Journal of Comparative Law, vol. 1, 1952, pag. 86. "Derecho comparado en ese sentido, es la ciencia que observa y busca la exactitud del derecho en general... éste procura recolectar, observar, analizar y clasificarlos y, como en otras ciencias en el sentido estricto de la palabra, busca calificaciones, coincidencias y secuencias, o, en otras palabras, "leyes"... leyes como la gravedad de Newton o las ley de Gresham en economía... leyes donde la palabra es entendida en la moderna concepción de ciencia".

³ WASTON; Alan, "Legal transplants: An approach to Comparative law" 1-9 (1974). Reprinted with permission of the University Press of Virginia.

98 María del Carmen Piña

Concerniente al método, señala Rodière que éste se origina en una confrontación continua de las reglas nacionales y extranjeras, considerada cada una de ellas como el producto de una cierta evolución histórica y del conjunto de las necesidades materiales, así como también de las tendencias espirituales de la época en el país considerado. Colige enfáticamente en que las reglas de Derecho no interesan a los comparatistas en su expresión normativa, sino porque manifiestan una cierta posición política.⁴

II. El método

Desde alguna constatación en sus orígenes y salvo casos aislados hasta la fecha, no se observa entre los comparatistas un genuino interés o desarrollo orgánico y sistemático por la cuestión inherente al método, no obstante la alusión a éste como la clave de bóveda del Derecho comparado. Esta última es una afirmación casi sistemática en la mayoría de los análisis teóricos relevados en torno al Estudio Comparativo del Derecho, como decidió denominar a esta disciplina la Asociación Americana de Comparatistas por considerarla más adecuada a su contenido y evitar erróneas connotaciones.

El trabajo que aquí se emprende, procura exponer algunas reconstrucciones de ese enfoque, efectuar interpretaciones y una cierta valoración de dicho material.

El objeto de este proyecto, busca además exhibir y resaltar algunas herramientas que proveen las distintas propuestas metodológicas y que, eventualmente, permiten verificar una mayor razonabilidad, justificación y solidez al momento de realizar el acto comparativo.

Es lúcida la reflexión de Rodière en cuanto a que las reglas del método comparativo dependen de la posición que se tome sobre el sentido y el alcance de los estudios de Derecho comparado.

Para este jurista, son tres las reglas que constituyen la base del método comparativo y expone:

⁴ RODIÉRE, René, op. Cit. Pag. 4.

Primera Regla: El Derecho Comparado no es una ciencia de lo pintoresco y lo curioso y quien lo estudia, no debe pararse en las oposiciones fáciles que revelan técnicas salidas de principios opuestos. Afirma que los sistemas jurídicos que resultan de civilizaciones profundamente opuestas, sólo deben compararse en sus principios y no en los detalles de sus reglas de Derecho.

Segunda Regla: El Derecho comparado no se reduce al conocimiento de las leyes extranjeras, no se debe comparar entre ellas reglas aisladas de su contexto histórico y cultural; es necesario comparar en el conjunto jurídico al cual pertenecen y respecto a la evolución histórica de la cual dependieron. No es la comparación de dos disposiciones normativas lo que interesa al comparatista, sino el valor revelador del pensamiento social que existe en esas dos reglas de Derecho; se interesa menos por la regla de Derecho en sí misma, que lo que ella representa. Sólo puede comprenderlo cuando se sitúa en su evolución histórica y en su conjunto jurídico. En otros términos, las reglas de Derecho deben examinarse sobre la base de un desarrollo histórico – cultural.

Tercera Regla: el Derecho Comparado no se limita a confrontar normas exteriores y se esfuerza por limitar las corrientes reales de la vida jurídica; el comparatista no debe limitar el campo de su investigación al terreno de los Códigos y de las Leyes. Todas las fuentes del derecho deben atraer su atención y debe por cierto, conocer los diversos cambios que varían según los sistemas jurídicos considerados.

Advierte que la necesidad para el comparatista de interesarse por una cosa distinta de las fuentes legislativas, no facilita su trabajo y resalta la dificultad de su tarea.⁵

Varios años antes, esta prevención ya aparece expuesta por Gutteridge, quien expresa que por muchas razones no es posible, la primera vez que se encara un estudio de Derecho comparado, agotar todos los problemas emergentes. Denuncia la naturaleza compleja de la comparación, la inmensidad del campo en el que se puede emplear, la variedad de propósitos a los que puede servir y que todos estos factores se combinan para hacer que sea difícil, sino imposi-

⁵ RODIÉRE, René, op. cit. Pag. 4.

100 María del Carmen Piña

ble, describir de una manera satisfactoria cómo funciona el método comparativo.

Insta a considerar sólo algunos de los obstáculos que se deben superar, para que la comparación no se agote en esfuerzos vanos o conduzca a resultados erróneos. Formula no obstante algunas reservas en torno a ciertas características del método y del estudio de la ley extranjera que deben enfatizarse antes de emprender la labor comparativa. Se interroga respecto a si un determinado problema se presta a la búsqueda de derecho comparado; ¿dónde pueden encontrarse las reglas de derecho extranjero sobre tal o cual pregunta?; ¿qué valor es necesario acordar, respectivamente a las leyes, a la costumbre, a la jurisprudencia? ¿Qué medios hay para asegurar que las obras de las cuales se dispone refieren el estado actual y real del derecho; que no son demasiado antiguas o que por alguna razón los derechos extranjeros no sean tales?

El campo posible de la comparación es que la técnica a emplear no siempre puede ser la misma. Un método que diera buenos resultados para un sistema legal particular de derecho o cuando se lo empleara para tal o cual objeto, puede muy bien conducir al fracaso si se lo utiliza para otros propósitos.

Respecto a la materia de la comparación, sostiene que en cada sistema de derecho hay algunas que a menudo no se prestan a la comparación en razón de las particularidades de la vida social, económica o política de los países encarados. Por ello, el campo de la comparación no es ilimitado. Pese a lo dicho, la materia de la comparación no tiene gran importancia y lo mismo es válido también para algunos de los sistemas que es posible proponer para comparar.

Si lo que se quiere obtener son buenos resultados, no se debe sin embargo hacer comparaciones a diestra y siniestra.⁶

III. Derecho comparado como un campo interdisciplinario

El Derecho Comparado, por su propia naturaleza, requiere comparación intercultural y trabajo interdisciplinario. Idealmente un com-

⁶ GUTTERIDGE, H.C., "Le droit comparé", pags. 101-103.

paratista debería tener un dominio de historia, derecho, economía y sociología, así como el conocimiento del lenguaje extranjero.

Una persona abocada a la tarea de comparar derecho doméstico y extranjero, no sólo debería tener un conocimiento básico de los elementos de ese derecho foráneo, incluida sus fuentes, estructura y características, sino también comprender la función del jurista dentro del sistema en cuestión. Se aconseja además una comprensión de la esfera social donde se aplican las normas legales, incluyendo la familiaridad con las instituciones políticas, económicas y culturales del país en cuestión.

En las palabras de Gutteridge, "las leyes deben ser examinadas a la luz de su propósito político, social o económico, y se debe atender a su dinámica más que a sus aspectos estáticos y doctrinarios".

Otto Kahn Freund establece enfáticamente este concepto al decir: "El uso del método comparativo requiere un conocimiento no sólo del derecho extranjero, sino también de su contexto social y sobre todo político. El uso del Derecho Comparado para propósitos prácticos llega a ser un abuso si se lo informa por un espíritu legalista que ignora este contexto del derecho."

Un problema real se produce cuando los comparatistas fallan al distinguir entre derecho escrito y derecho en acción; entre una mera institución legal ideal y una institución como realmente funciona. Idealmente un comparatista no debería comparar derechos como tales sino la cultura legal entera, y el conjunto de valores y actitudes relacionados al derecho y las prácticas.

No es posible comparar reglas, instituciones o sistemas, sin comprender cómo funcionan y no puede saber cómo funcionan si no las sitúa en su contexto legal, económico y cultural.

IV. Funciones y métodos del derecho comparado

Dentro del trabajo reconstructivo, se verifica que la función y el método son cuestiones indisociables. Una vez definida la función, se

⁷ KHAN FREUND, Otto: "Pacta sunt servanda- a principle and its limits: some thougts prompted by comparative labour law" en Tulane Law Review (Nueva Orleans), junio de 1974, pag 894.

102 María del Carmen Piña

podrá identificar el método más adecuado para realizarla. De esta forma sostiene Scarciglia, para una adecuada comprensión del Derecho comparado, hay que identificar correctamente sus funciones, en particular las relativas al objeto del estudio de que se trate y cita como ejemplo el uso que la jurisdicción constitucional hace de fuentes extranjeras.⁸

Si se emite y clarifica una definición funcional, se podrá determinar el modelo metodológico que servirá de base para examinar, en un ejemplo, los precedentes de los Tribunales Supremos del país a investigar y valorar el rigor científico con el que los magistrados que lo integran se sirven de fundamentos de derecho extranjero. Para cuestionar las funciones del Derecho comparado se deben buscar las respuestas a la pregunta de por qué comparar.

Entre las distintas respuestas, se puede identificar la función primaria del Derecho comparado, relativa al conocimiento de los ordenamientos extranjeros y la adquisición de nuevos elementos cognitivos, que permitan alcanzar finalidades teóricas y prácticas que, a su vez, se consideran la función secundaria de la comparación, es decir, la utilización concreta de la información obtenida mediante el empleo de los métodos de comparación.

Zweigert y Kötz sistematizan de modo más didáctico estas funciones secundarias; y para ello, exponen cinco objetivos específicos del moderno Derecho comparado a saber: En primer lugar, el objetivo del Derecho comparado es proporcionar al jurista el conocimiento pleno de su ciencia, que no se limita a técnicas de interpretación y aplicación de las normas del ordenamiento nacional, sino que comprende el descubrimiento de modelos de prevención y solución de los conflictos sociales. De esta forma, el primer fin de la comparación es generar, mediante la comprensión de las normas extranjeras, un mayor número de alternativas para resolver los problemas concretos con los que se depara el jurista.⁹

⁸ SCARCIGLIA Roberto, "Introducción al derecho constitucional comparado", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 149, pp.581-612.

⁹ ZWEIGERT Konrad- KÖTZ Hein, "Introducción al derecho comparado", Colección Estudios Jurídicos, Oxford University Press, México, 2002, pag. 15.

El Derecho comparado, por ende, aumenta el número de soluciones a disposición del jurista y lo capacita para mantener la paz social. Según estos juristas alemanes, la segunda función del Derecho comparado sería la de auxiliar al legislador. "Legisladores de todo el mundo han observado que, muchas veces, no se pueden dictar buenas leyes sin recurrir al Derecho comparado, sea a través de estudios generales o mediante informes específicos sobre el tema en cuestión". Además, en realidad, esta es la más antigua de las funciones del Derecho comparado, pues "siempre se ha pensado que conocer los derechos extranjeros tenía una importancia primordial para el legislador", como demuestran las obras de Platón y Aristóteles.¹⁰ De acuerdo con la tercera función, el Derecho comparado sería un instrumento de interpretación del derecho nacional. La gran cuestión aquí es la de saber cómo y cuándo el intérprete puede recurrir a una solución extranjera para dar sentido a una disposición de su ordenamiento. Este recurso puede englobar desde la confirmación o la fundamentación de un argumento, hasta la introducción de una orientación completamente nueva y, con cierta frecuencia, separada del contenido literal de la disposición objeto de interpretación.

Ya los primeros comparatistas introdujeron algunos límites al ejercicio de esta función del Derecho comparado. A principios del siglo XX se difundieron dos orientaciones dirigidas al juez, relativas al uso del derecho extranjero: por un lado, este uso sólo se justifica cuando es necesario para colmar una laguna, y, por otro, la solución encontrada tiene que ser conforme al derecho interno.

Zweigert y Kötz señalan asimismo que mientras los tribunales alemanes son reacios a realizar interpretaciones basándose en el derecho extranjero y el tribunal de casación francés hace "oídos sordos" a cualquier argumento que tenga en consideración el Derecho comparado, países como Portugal y Grecia están claramente abiertos a la influencia exterior. Esto sin contar con el constante intercambio de experiencias que se produce entre los países de la Commonwealth británica, en particular, Inglaterra, Canadá y Australia.¹¹

ANCEL, Marc, "Utilité et Méthodes du Droit Comparé". Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971, pag. 12.

¹¹ ZWEIGERT, Konrad- KÖTZ, Hein, op. cit. pag. 19.

104 María del Carmen Piña

En cuarto lugar, el Derecho comparado se presenta como una herramienta de formación jurídica. El Derecho comparado proporciona al estudioso de derecho toda una nueva dimensión, en la que puede aprender a respetar culturas jurídicas propias de otros pueblos y a comprender mejor su propio ordenamiento, puede desarrollar los modelos críticos adecuados para propiciar el desarrollo de su ordenamiento y comprender también cómo los hechos sociales condicionan las reglas jurídicas.

Por último, la quinta función del Derecho comparado es preparar los procesos de unificación del derecho en el ámbito internacional o supranacional. Cuando se busca elaborar leyes modelo o directrices comunitarias, no se pueden formular enunciados ideales ni esperar que los diferentes países los adopten. Por encima de todo, hay que identificar cuáles son los principios comunes a todos los ordenamientos de los países involucrados, que posibilitan que la cultura jurídica de cada Estado acepte las normas internacionales o supranacionales.

De las aludidas funciones y los objetivos del derecho comparado, se consideran como más interesantes, la primera y la tercera, relacionadas, respectivamente, con el perfeccionamiento del jurista, que aumenta el catálogo de posibles soluciones para enfrentar problemas concretos y con la utilización del derecho extranjero en la interpretación del derecho nacional.

Desde su sistematización, transición del siglo XIX al XX, el Derecho comparado ha buscado identificar la metodología más adecuada para lograr sus fines. Hasta hoy no existe consenso, sino una aceptación más amplia y difundida de uno de estos métodos, aunque no libre de críticas.

De lo dicho se observa que en el Derecho comparado se desarrollaron diferentes enfoques metodológicos, traducidos en los métodos problemático, casuístico, fáctico y funcional, destacando la función que una determinada categoría, regla o institución desempeña en su ordenamiento, mediante la comparación con categorías, reglas o instituciones funcionalmente similares.

Hoy en día, este método funcional es el más aceptado por la doctrina comparatista. Zweigert y Kötz llegan a afirmar que "...el

principio metodológico básico de todo el derecho comparado es el de la funcionalidad. De este principio básico derivan todos los demás que determinan la elección de los derechos que se van a comparar, el objetivo de la comparación, la creación de un sistema de derecho comparado, y así en adelante. No hay utilidad en comparar lo incomparable, y en materia jurídica sólo son comparables las cosas que cumplen la misma función". 12

Pese a la aseveración precedente, no es fácil buscar estas funciones idénticas o similares. Y por el contrario, se detecta que la comparación funcional requiere numerosos requisitos. En un principio, el método funcional exige al jurista erradicar aquellas comprensiones previas propias de su sistema nativo. Después, exige que se conozcan los sistemas de fuentes de los ordenamientos que se comparan, conocimiento que se extiende por toda la amplitud de dichas fuentes. Además, el modo de comprender las fuentes y experimentar las normas adquiere una evidente relevancia, porque se busca no el derecho positivo, sino el "derecho en acción", según la expresión de los autores anglosajones o, incluso, no sólo el derecho vigente, sino principalmente el "derecho vivo", usando la expresión de los italianos.¹³

Así descripto este escenario, emerge un dato incontrastable y es que la formación previa del jurista pasa a ser un elemento fundamental. No sólo su formación jurídica, sino también la humanista, en lo que se refiere, por ejemplo, al dominio del idioma de los países extranjeros objeto de estudio.

Puede lucir exagerado el requisito precedente en lo que concierne a la lengua escrita de los países bajo estudio. Sin embargo, es razonable colegir que la advertencia de los comparatistas, va dirigida, primordialmente a estar advertidos sobre las trampas lingüísticas.

Se enfatiza tanto sobre estas condiciones previas a la comparación, que autores tradicionales del derecho comparado defienden constantemente la necesidad de "viajes de comparación", en los que los juristas podrían investigar in situ el funcionamiento del derecho

¹² ZWEIGERT, Konrad- KÖTZ, Hein, op. cit. pag. 34

¹³ SCARCIGLIA, Roberto, op. cit. pag.94.

106 María del Carmen Piña

extranjero, gracias a un proceso de completa inserción en su vida cultural, política, institucional, etcétera.

En la actualidad, con las innovaciones de la comunicación global, esta inserción en el entorno normativo extranjero puede prescindir de realizar el "viaje" al que se referían los autores clásicos, por más interesantes que puedan ser dichas experiencias. En realidad, se puede acceder a los más variados datos y a la información más completa de diferentes sistemas jurídicos, sin necesidad de vivir el día a día ni experimentar el funcionamiento de sus instituciones in situ.

No obstante, este aspecto pone en evidencia el variado grado de información que debe recopilarse para desarrollar un estudio comparado, que empieza precisamente con esta comprensión amplia de la cultura jurídico-institucional y la vida social de los países en cuestión, en un proceso que —una vez más, según Zweigert y Kötz— exige "imaginación y disciplina".

Sin estos elementos de comprensión global de los ordenamientos, la simple yuxtaposición de varias reglas no es derecho comparado. Podría ser sino su paso previo. A partir de esa yuxtaposición, comienza el trabajo más arduo en cualquier comparación, que también se refiere a la identificación de diferencias en las aparentes semejanzas.

En la etapa siguiente, eliminadas las falsas congruencias, la comparación busca construir de facto un sistema, que mantenga el vínculo necesario con los aspectos funcionales que pautan el derecho comparado.

Por otra parte, el derecho comparado está estrechamente conectado con las modernas tendencias de las ciencias sociales cuando cuestiona cuál puede ser la función de las instituciones jurídicas en los diferentes países, antes de preguntar cuál es su estructura doctrinal, así como cuando ordena las soluciones de los distintos sistemas sobre bases realistas, probándolas a partir de su capacidad de reaccionar ante las necesidades sociales que buscan satisfacer. Para ello, se preconiza un procedimiento metodológico, que se resume en tres acciones elementales: conocer, comprender y comparar. A estas tres, algunos autores añaden la aplicación de resultados, que es una etapa contingente, que varía según las finalidades del estudio. En las dos funciones antes indicadas —ampliación del número de soluciones a disposición del jurista y asistencia en la interpretación del derecho nacional— se dará esta fase de aplicación de resultados.

Estas fases son sucesivas, en el sentido de que una constituye la base de la siguiente, y complementarias, ya que todas existen en función de las demás.

Siguiendo estos pasos, orientados por la funcionalidad de las instituciones y comparaciones metodológicamente respaldadas, el jurista puede lograr alcanzar, de modo realmente satisfactorio, los objetivos del derecho comparado, en especial en lo que se refiere a la mejora de su propio ordenamiento.

Vale resaltar que el caso del derecho constitucional comparado está en su fase inicial, aún más si se contrasta con las comparaciones que tradicionalmente se llevan a cabo en el ámbito del derecho privado.

En este contexto de génesis de la comparación, se observa que, en el derecho público, siempre se corre el riesgo de asumir premisas falsas, que, por ende, llevarán a conclusiones también falsas. Ejemplos de estas premisas falsas son lo que Ackerman denomina "nominalismo" y "particularismo". El primero induce al estudioso a considerar como semejantes aquellas instituciones que tienen el mismo nombre —y el ejemplo que da es el de tribunal constitucional, bajo cuyo nombre pueden esconderse instituciones de lo más variado— y el segundo —particularismo— hace que el examen comparado busque introducir de tal forma el objeto de análisis en su contexto original, que ignore sus conexiones naturales con el mundo exterior.

Marc Ancel señala también este riesgo del nominalismo, desde una perspectiva general del derecho comparado: "Sobre todo no se debe confiar en las traducciones apresuradas y en los denominados falsos amigos. No se puede traducir common law por derecho común, la equity inglesa no es la equidad continental y la preventive detention, que constituye un internamiento y seguridad, no es nuestra prisión preventiva." ¹⁴

¹⁴ ANCEL, Marc, op. cit. pag.111.

108 María del Carmen Piña

Scarciglia advierte sobre los riesgos de un procedimiento de comparación que no esté amparado por una adecuada metodología: "Sin un enfoque metodológico serio, el estudioso corre el riesgo de no llevar a cabo ninguna actividad de comparación real, incurriendo más bien en la realización de actividades en su mayor parte ornamentales, sin ningún valor epistemológico".¹⁵

Una vez vista la forma de producir el derecho comparado para que tenga valor científico, a fin de que, desde un punto de vista metodológico, sea adecuado para cumplir sus funciones, debe analizarse además otra cuestión de enorme importancia, como es la de la legitimidad y la relevancia del uso del elemento extranjero en la fundamentación jurídica llevada a cabo en un determinado ordenamiento nacional.

V. Función, método e interpretación del Derecho comparado

En el primer congreso italiano de Derecho Comparado, Tullio Ascarelli puso de relieve el relativo desinterés de la doctrina italiana hacia los estudios de derecho comparado. La inauguración del Instituto de Derecho Comparado Ítalo Ibero Americano, muestra un fecundo florecer de los estudios donde se impuso una reconsideración de la función y del método del derecho comparado sobre la base de la experiencia adquirida. ¹⁶

Se ha solido contraponer, el derecho comparado y la interpretación jurídica para aclarar el método y la función respectiva, El derecho comparado, se dice y esta es una observación que se remonta a Lambert, es una disciplina que pertenece a los estudios históricos del derecho, por cuanto su función es la de parangonar sistemas jurídicos diversos y, como tal se contrapone a la interpretación jurídica que se encamina, según Ascarelli, "a la formulación de principios y solucio-

¹⁵ SCARCIGLIA, Roberto, op. cit., p. 94.

¹⁶ SERENI, Angelo Piero, "Función y Método del Derecho Comparado", Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año XIV (1960), pp151-162. Para este acápite se han retomado las ideas centrales expresadas por el autor, en el discurso pronunciado en la inauguración del "Instituto de Derecho Comprado Italo-Ibero-Americano.

nes coherentes con las establecidas en el corpus iuris, en el sistema de que se trate". Se verifica por tanto que la diferencia, es de ángulo visual y de función.

El jurista, que como magistrado, profesor o abogado, procede a la interpretación jurídica de la norma de un particular sistema de derecho, tiene la función de examinar, valorar y aplicar las normas que son objeto de su consideración, dentro del marco del ordenamiento a que pertenece; es decir, se trata de un examen, de una valoración y de una aplicación que se efectúa desde dentro y en lo interno de un particular sistema jurídico, con base en los principios lógico jurídicos y según las tendencias peculiares de dicho sistema particular y los juristas más finos y avezados, al realizar tal función, contribuyen a la evolución constante de las normas del propio sistema, para adecuarlas a la cambiante realidad social de que cada sistema jurídico quiere ser la expresión y la regla.

El derecho comparado, por el contrario, en cuanto tiende a contraponer diversos sistemas jurídicos para destacar sus afinidades y diferencias, se coloca fuera de cada uno de ellos; por esto, la indagación comparativa es indagación metajurídica, y en sentido amplio, histórica.

La exactitud de tal distinción no puede ser puesta en duda. Es cierto que la indagación histórica de los fenómenos jurídicos constituye la premisa indispensable de los estudios de derecho comparado. La contraposición entre sistemas jurídicos y entre las instituciones y las normas particulares de ellos, llega a conclusiones válidas y útiles, sólo si se funda en el conocimiento y comprensión del clima histórico y social en el que cada uno de ellos se ha desarrollado y de aquel en el que opera en un momento dado. Sólo a través de la indagación histórica puede explicarse como determinadas instituciones jurídicas han surgido y prosperado en determinado sistema jurídico y no en otros. Cómo en algunos sistemas jurídicos, algunas instituciones encuentran todavía amplia aplicación y realizan una función útil, mientras en otros son casi estériles o han desaparecido; cómo entre instituciones originariamente análogas, se ha verificado una creciente diferenciación en los sucesivos desarrollos de ella en sistemas jurídicos diferentes, mientras que instituciones jurídica distintas, tienden a sa110 María del Carmen Piña

tisfacer, en ordenamientos diversos, exigencias económicas y jurídicas semejantes.

Ahora bien, al poner de relieve esta diversidad de método y de función entre la comparación y la interpretación, se advierten también importantísimas analogías en las premisas fundamentales, y hasta en el método de ambas disciplinas.

Si hay certeza en que el derecho comparado es disciplina histórica en cuanto se sitúa fuera de un sistema jurídico determinado y desarrolla una obra descriptiva de sistemas jurídicos diversos, basado sobre su mutua referencia, en tanto que la interpretación valora desde dentro el particular sistema jurídico al que se refiere, y ejerce respecto de él función evolutiva, también es cierto que la comparación entre sistemas jurídicos presupone el conocimiento del contenido de los sistemas singulares que se confrontan, comprendiendo incluso, entre otras cosas, aquellas tendencias interpretativas que en cada uno de ellos señalan las directivas de su evolución.

La interpretación jurídica, por otro lado, para realizar la función jurídica que le es propia de integrar, renovar y desarrollar las normas de un particular sistema jurídico, se apoya sobre aquellas premisas y exigencias históricas que justifican la atribución de un contenido o significado diversos, en momentos sucesivos a las instituciones y a las normas que constituyen el objeto de la interpretación misma.

Se comprueba además que el derecho comparado es una disciplina histórica, pero también es disciplina jurídica, porque jurídico, no menos que histórico, es el análisis que efectúan de cada uno de los diferentes sistemas jurídicos de que trata de comparar.

El estudio del derecho comparado va, por consiguiente, unido al estudio de derechos extranjeros que él mismo estudia en cuanto derechos positivos, es decir como son y en su devenir. A raíz de su contenido histórico y jurídico a la vez, el estudio del derecho comparado es no sólo útil, sino indispensable en múltiples aspectos. Ante todo el derecho comparado constituye no sólo un instrumento muy útil, sino indispensable para los fines de la técnica legislativa.

Desde una perspectiva histórica, es preciso recordar que en el proceso de comparación, muchas veces esta relevancia es evidente y deriva del origen mismo de las normas de un determinado ordenamiento.

Si bien hay otros elementos de orden pragmático y teórico que ayudan a caracterizar la relevancia del derecho extranjero en la solución de las controversias de un determinado ordenamiento, estos elementos no escapan a las críticas, máxime, en aquellas realidades nacionales, tal el caso de la norteamericana, en la que, por ejemplo, el uso de referencias extranjeras era un verdadero tabú.

En cuanto a la cuestión de la proximidad, es importante señalar que no siempre es posible determinarla, y que la evaluación de estas conexiones dependerá de múltiples factores, en particular en el ámbito del derecho constitucional. Scarciglia en su caso, no acepta que se utilice el modelo de familias jurídicas, muy divulgado a partir de 1950 gracias a la obra de René David, en el derecho constitucional, puesto que éstas se desarrollaron al amparo de un pensamiento privatista.¹⁷

De cualquier forma, tanto si se adopta la sistematización tradicional de las familias jurídicas —que, pese a las críticas, está bastante aceptada— como si se buscan nuevos criterios de reunión de distintas experiencias constitucionales, el hecho es que el requisito de la proximidad es fundamental para utilizar en el caso, las técnicas del derecho constitucional comparado.

Es necesario también tratar la cuestión de las justificaciones teóricas que dan valor por sí mismas a las fuentes extranjeras, para defender su influencia con independencia de que exista una relación directa con el ordenamiento nacional.

VI. Derecho comparado, una propuesta metodológica

Mauro Capelletti, con dominio pleno de la disciplina, expone una propuesta concerniente al método jurídico comparativo y señala como usual decir que la denominación "derecho comparado" es impropia.¹⁸ Que en verdad, salvo casos excepcionales en los cuales la

¹⁷ SCARCIGLIA, Roberto, op. cit., pag. 94.

¹⁸ CAPELLETTI, Mauro, "Dimensiones de la Justicia en el mundo con-

112 María del Carmen Piña

comparación se presenta como una verdadera y propia "fuente del derecho", el derecho comparado no es "derecho" en el mismo sentido en que se habla, por ejemplo, del derecho de los contratos, del derecho comercial, etc. Obviamente, tampoco se confunde con el derecho "extranjero", el cual es derecho, aunque sea de un ordenamiento extranjero. Afirma que el derecho comparado es, en realidad, un método (Rechtsvergleichung [comparación jurídica] y no Vergleichendes Recht [Derecho que compara], según la terminología alemana más apropiada); es en definitiva, una manera de analizar el derecho de dos o más sistemas jurídicos diversos; así existe aquella que denomina "micro-comparación", cuando la comparación se efectúa en el ámbito de ordenamientos que pertenecen a la misma "familia jurídica" (ej. entre Francia e Italia), o bien, "macro-comparación", si el análisis comparativo se realiza entre dos o más familias jurídicas, por ejemplo, entre un ordenamiento del Civil Law, como el de Alemania, y uno del Common Law, tal el caso de Inglaterra.

Señala que se trata de una propuesta enteramente personal, - una tentativa metodológica- que hasta esa fecha no había puesto por escrito. Que es producto de un esquema en el cual ha realizado sus investigaciones comparativas y que su propósito es reflexionar críticamente. Las razones por las que se estudia el método agrega, son debidas a la creciente importancia de la enseñanza y de los estudios comparativos.

Constata que mientras en el ámbito del derecho nacional los instrumentos o métodos de interpretación son los tradicionales (argumentos gramaticales, lógicos, analógicos, como también para el case law, la distinción entre Holding y dicta, en el derecho comunitario y en general en el derecho internacional humanitario, el instrumento hermenéutico por excelencia es el análisis comparativo. Y aclara previamente que una cuestión preliminar y fundamental para el comparatista, es la cosa que va a someter a comparación.

Con frecuencia se afirma que sólo pueden ser objeto de comparación los sistemas, las normas e instituciones que son similares entre sí.

temporáneo" (cuatro estudios de derecho comparado), Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, pag.16 a 18.

En los años 60 en el Instituto Max Planck hubo un gigantesco proyecto, la Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado. Allí, representación de la Europa Oriental insistió en la imposibilidad de tratar unitariamente, mediante análisis comparativo, instituciones como la propiedad en los países occidentales y la propiedad de los países socialistas. La tesis allí sostenida era la imposibilidad de una comparación entre entidades jurídicas tan diversas.

Le mencionada concepción fue rechazada por estudiosos comparatistas quienes estimaron totalmente errada esta posición, dice Capelletti, incluso si no dudara del hecho de que un punto de partida común —*Un tertiun comparationis*— es necesario para hacer significativo el análisis comparado. Y aclara que este punto común no consiste en una solución jurídica común o similar, sino en la comunidad o semejanza del problema o la necesidad social que se intenta resolver mediante la intervención jurídica, normativa o de otra naturaleza.¹⁹

La propuesta metodológica del jurista italiano se articula en seis fases o etapas, dentro de cuyo cuadro considera que debe desarrollarse la investigación comparativa.

Primera fase: Tertium Comparationis.

Si bien no es necesario que exista una semejanza en el material jurídico objeto de la comparación, se requiere necesariamente un punto de partida común, pre-jurídico, o sea, un problema o una necesidad social real que comparten dos o más países o sociedades de las cuales se quiere aplicar el análisis comparativo.

Ejemplifica con la necesidad o problema de la protección del ambiente contra la contaminación industrial, o la protección de los consumidores contra los abusos del productor -en cadena- en cuanto el sistema económico social de esos países o sociedades ha llegado a ser tal que impone semejantes necesidades.

No tendría sentido comparar estas temáticas respecto de países o sociedades que no han alcanzado un estadio de evolución económica tal que haga sentir la necesidad de esa protección.

¹⁹ CAPELLETTI, Mauro, op. cit., pags. 19 a 25.

114 María del Carmen Piña

Este punto de partida representa el *Tertium comparationis* sin el cual cualquier análisis comparativo carecería de sentido. Remarca que aquí se halla en una fase pre-jurídica. Que el problema o la necesidad pueden tener el carácter económico, político o de otra naturaleza (como la necesidad de actuar para controlar el poder político, por ejemplo, mediante un sistema de justicia constitucional.

Segunda fase: Las soluciones jurídicas del problema

Esta etapa de la investigación del análisis comparativo conduce al campo del derecho en sentido estricto. Se trata de encontrar las normas, instituciones, procesos jurídicos con lo que los países examinados han intentado resolver el problema/necesidad que comparten. Este es el momento de resaltar cómo tales intervenciones jurídicas: las normativas, las institucionales y lasprocesales, pueden ser también muy diversas de un país al otro, sin que esto prive de significado a la comparación, sino más bien, lo contrario.

Esta fase se ejemplifica con un país que puede haber adoptado un sistema de protección del ambiente mediante organismos públicos creados con tal finalidad, tal el caso de Agencia de protección ambiental, Ministerio del Medio Ambiente, etc., mientras que otros países prefieren extender a las asociaciones o incluso a los particulares en lo individual, la legitimación para acudir a juicio. En este punto, la investigación puede servirse de "modelos" por ejemplo, el problema de acceso a la justicia de las partes no pudientes puede ser "resuelto" mediante modelos "caritativos" o mediante el modelo "judicare" o a través de abogados financiados públicamente.

Otro ejemplo atinente lo constituye el problema/necesidad de controlar y poner límites al legislador, que puede ser "resuelto" mediante el modelo "concentrado" o bien, mediante el modelo "difuso" de justicia constitucional.

Tercera fase: Las razones de ser de las analogías y diferencias

Este tercer momento del análisis comparativo es descripto por el jurista italiano como una fascinante investigación de las razones que puedan explicar las analogías, pero sobre todo, las diferencias en las soluciones adoptadas en respuesta a un mismo problema y enuncia razones históricas, sociológicas, éticas, etc.

Aquí el comparatista debe moverse nuevamente fuera del campo del derecho en sentido restrictivo.

Esto significa un reconocimiento de la circunstancia de que el derecho constituye en realidad un elemento fundamental, aunque no pueda separarse de los otros, del "sistema social" en su conjunto.

Ejemplifica aludiendo a las razones por las cuales el modelo "difuso" de justicia constitucional no ha tenido éxito en los países continentales europeos incluyen la razón "sociológica consistente en la existencia de una magistratura "de carrera", como también la razón histórico-ideológica de la desconfianza en un poder judicial creativo en forma demasiado abierta; igualmente, hay razones de naturaleza variada, que radican en parte en una organización y deontologías diversas de la abogacía que explican el hecho que los países del *Civil Law* no hayan adoptado la "class action" como instrumento de tutela de los intereses difusos, una tutela que ha adquirido fundamental importancia en todos los países industrializados.

Cuarta fase: Investigación de las grandes tendencias evolutivas

Consiste en la investigación de eventuales tendencias evolutivas, que pueden ser convergentes o divergentes.

El ejemplo propuesto emerge del ámbito de la justicia constitucional donde se observa cómo va atenuándose la divergencia profunda entre los sistemas concentrado y difuso, y que se va manifestando una cierta convergencia entre los dos grandes modelos. Caso del modelo de reforma constitucional mexicana que ha transformado prácticamente la Suprema Corte en un tribunal constitucional.

Quinta fase: La valoración

A esta altura de la propuesta, se tratan de evaluar las soluciones adoptadas -o los modelos de solución- en cuanto a su eficacia o ineficacia en la resolución del problema/necesidad de la cual ha arran-

116 María del Carmen Piña

cado la investigación. Aquí surge el carácter Jurisprudential o si se prefiere "fílosófico- valorativo" del análisis comparativo.

La valoración de la cual aquél ofrece la posibilidad, no es "absoluta" sino "relativa", esto es, en cuanto al problema/necesidad social.

Esta instancia se ejemplifica con que, con certeza, se podrá decir que la solución italiana para resolver el problema de acceso a la justicia de la parte no pudiente es retrógrada e injusta, porque basándose en la idea de la "obligación honorífica" de los abogados de prestar gratuitamente sus servicios (salvo en los procesos laborales y ahora también en los penales), da origen a resultados inadecuados tanto en el plano de la calidad como en el de su accesibilidad efectiva.

Se trata de una valoración, pero no basada en criterios, -o valores- afirmados apriorística y especulativamente, sino fundada en datos concretos, verificables empíricamente. Los valores—justo/injusto, progresivo/obsoleto, eficaz/ineficaz, no son valores absolutos, sino precisamente, relativos y demostrables en conexión con el "punto de partida", esto es, la necesidad social concreta asumida como Tertium comparationis.

Es en este sentido en que el método comparativo representa la superación dialéctica, por un lado, de un mero empirismo avalorativo, de la mera recopilación de datos normativos —típica de un ius positivismo decadente— pero del otro, se trata también de la realidad a la luz de valores o ideales cuya validez afirma a priori.

Concluye en que el método comparativo se perfila como una gran "tercera escuela" la cual conjuga la valoración y la recopilación concreta de datos, pero una valoración inmersa en lo real, esto es, en la realidad de los problemas y necesidades de la sociedad.

Esta quinta fase del análisis comparativo, la de la valoración, combina lo jurídico con lo pre-jurídico, relaciona las soluciones jurídicas normativas, pero también institucionales o procesales examinadas en la segunda, tercera y cuarta fase, con el punto de partida pre-jurídico, esto es, un problema político, económico, social, cultural que ha dado impulso al análisis, como también la razón de ser de las soluciones adoptadas por los diversos países para resolver dicho problema o necesidad.

Sexta fase: Predicción de desarrollos futuros

Esta última etapa del análisis comparativo, la considera no necesaria, sino, únicamente posible, y quizás un tanto más audaz y riesgosa, ya que representa en cierto modo un corolario de todas las demás.

Aquí dice de un modo un tanto provocativo, que el comparatista es el único "profeta científico" posible. Y explicita, profeta, porque sobre la base de la investigación realizada, puede sacar a la luz tendencias evolutivas, las cuales presumiblemente están destinadas a continuar y a difundirse, al estar radicadas en problemas y necesidades reales de la sociedad, y al haber sido "valoradas" a la luz de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución del problema.-

Afirma que es un profeta científico, porque su predicción del futuro no se basa en sus preferencias o idiosincrasia, como tampoco en intuiciones o "iluminaciones" personales, sino en resultados de un análisis concreto de la realidad social. Deja aclarado que aquí se trata sólo de la predicción de eventos "probables", jamás certezas, porque también para el comparatista la fantasía de la realidad es siempre demasiado grande para ser analizada completamente.

Cita la frase del poeta "del mañana no hay certeza" y agrega que todo lo más que se puede predecir es la probabilidad, no la seguridad de acontecimientos futuros y por último consigna: "Es posible que alguno de ustedes, leyendo sus propios apuntes e investigaciones y cuando hayan escrito en estudios comparativos de años o decenios anteriores, por ejemplo, sobre el tema de la justicia constitucional, o sobre el acceso a la justicia, encuentren que no pocas valoraciones-previsiones de entonces se han vuelto realidad".

Produce conmoción esta frase premonitoria escrita hace cerca de tres décadas. Por otra parte, aquella propuesta "enteramente personal" elaborada por el maestro italiano, luce indiscutiblemente vigente.

Se trata, como se ha visto, de un modelo y se sabe sobre ello que el modelo no describe la realidad, pero que es posible predicar desde el modelo. Hoy permanece inalterable la construcción jurí118 María del Carmen Piña

dica que exhibe la fina herramienta del comparatista. Quien pretenda una crítica de la misma, parafraseando el pasaje evangélico, deberá ser digno de desatar la correa de sus sandalias.

Ello implica, ni más ni menos, que seguir indagando en la búsqueda de aquello que constituye un modo razonable y útil de formular un estudio comparativo del derecho.

VII. Teoría y método del derecho comparado

En su obra reciente titulada, Una introducción a la teoría y el método del derecho comparado, Samuel²⁰ propone una presentación del tema de manera sistémica y esquemática. Advierte al inicio la dificultad de definir los términos "teoría" y "método" de manera abstracta y la complejidad de las problemáticas asociadas a la metodología en las ciencias sociales. A la pregunta, ¿se busca explicar (causalmente) un fenómeno o entenderlo (interpretarlo)? responde que estos diferentes abordajes conllevan diferentes métodos.

La elección de un determinado método implica la elección de un determinado abordaje teórico. La metodología se relaciona tanto con la epistemología (cómo se construyen los métodos y cómo llevan a un conocimiento que tenga un valor objetivo) como con la teoría. Es debatible la cuestión de si se puede distinguir claramente entre el derecho comparado como disciplina y los métodos que se asocian con este.

Para el mencionado jurista, la respuesta al debate respecto de si la comparación jurídica es una disciplina, una perspectiva o un método, depende de lo que se entiende por "método". Si se considera al método como una cuestión epistemológica y encastrada en la teoría, que es el abordaje elegido para ese libro, la dicotomía entre "método" y "perspectiva" se vuelve mucho más tenue. Método y metodología abarcarán no solamente técnicas de razonamiento como la inducción, deducción y analogía, sino también esquemas de inteligibilidad, la teoría y orientaciones paradigmáticas.

²⁰ SAMUEL G. (2014). "An Introduction to Comparative Law Theory and Method". Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Por otra parte, observa que ha habido en los últimos veinte años una inmensa producción sobre derecho comparado y mucha de ella dedicada a los métodos. Afirma que por lo tanto, se puede poner en tela de juicio que la metodología del derecho comparado esté todavía en una etapa "experimental" (Zweigert & Kötz, 1998). Sin embargo, todavía existen pocas obras dedicadas exclusivamente a la metodología del derecho comparado.

En esta obra, Samuel intenta poner de manifiesto y evaluar críticamente las principales dicotomías metodológicas –por ejemplo entre esquemas funcionales y no funcionales, entre comparaciones genealógicas y analógicas, entre abordajes universalistas y diferenciales y entre perspectivas internas y externas-. También resulta importante la cuestión de los comparables.

La metodología del derecho comparado conforme este autor, no puede divorciarse de la metodología de la investigación en general y esta no se puede divorciar de la epistemología. Como lo advierte Legrand, no se puede ser comparatista sin ser interdisciplinario. La comparación jurídica está más estrechamente relacionada con las ciencias sociales, de las cuales ha tomado prestado sus métodos, que de la "pura" investigación normativa, que parece caracterizar otros tipos de investigación jurídica. Requiere, entre otras, de conocimientos en historia y particularmente de la teoría del derecho.

Interesa en esta etapa exponer su idea en cuanto que, de modo simplificado se puede decir que la metodología relaciona tres niveles: los distintos métodos o técnicas (inducción, deducción, analogía, diferencial, genealógico, etc.), los esquemas de inteligibilidad (causal, estructural, funcional, hermenéutico, de acción y dialéctico) y los paradigmas (holístico/individualista, orden/caos, naturaleza/cultura, etc.). El segundo nivel –los esquemas de inteligibilidad- es tal vez el que ofrece la llave para entender las controversias entre comparatistas.

Samuel insiste en la importancia para el investigador de aclarar y precisar el método y la orientación que va a seguir, ya que diferentes métodos tienen como resultado diferentes tipos de conocimiento.

Entre los contenidos relevantes, Samuel discute los problemas y promesas, fortaleza y debilidades de la comparación jurídica.

120 María del Carmen Piña

Muestra además la importancia de formular una adecuada pregunta de investigación para evitar algunos peligros de la comparación. Advierte en particular sobre el riesgo del reduccionismo científico, el imperialismo jurídico y la tentación de la armonización.

Aborda a su turno dos temas que están íntimamente relacionados, pero que conviene analizar por separado: lo que se entiende por "comparación" y lo que se entiende por "derecho".

En cuanto al primer aspecto, resalta que de los esquemas de inteligibilidad que se pueden aplicar a la comparación jurídica, tal vez el más conocido es el funcionalismo que Zweigert & Kötz han elevado a principio del derecho comparado.

Sostiene que el funcionalismo tiene sus limitaciones y problemas y por eso, conviene estudiar las alternativas, que son: el estructuralismo, el accionalismo, la dialéctica, la hermenéutica, entre otros. Y que estos esquemas se pueden (y se suelen) combinar y ejemplifica, el funcionalismo con el estructuralismo, el accionalismo con la dialéctica, la hermenéutica con la lógica jurídica, etc.

Estos esquemas de inteligibilidad responden a su vez a orientaciones paradigmáticas: holismo vs. individualismo; orden vs. desorden; naturaleza vs. cultura.

En cuanto a lo que es el derecho, Samuel advierte en contra del imperialismo jurídico: el comparatista debe tener mucho cuidado de no imponer al ordenamiento que estudia su propio concepto de derecho. Es que el concepto de derecho puede variar mucho. Además del clásico modelo de la regla, vigente en el derecho continental, existen otras concepciones, entre otras el modelo realista y las mentalidades. Así, lo que se puede comparar es amplio: además de normas, categorías e instituciones, se pueden comparar conceptos jurídicos (como los de "derecho", "interés", "obligación", "sujeto", etc.), la figura del juez, la forma de concebir los hechos, los sistemas institucionales (las relaciones entre "personas", "cosas" y "acciones") y el lenguaje.

Desde una latitud y espacio temporal muy diferentes a los de Capelletti, Samuel aborda hoy lo que titula como Problemas y promesas del derecho comparado.

Respecto de ellos dice que el primero se relaciona con la definición del mismo, ya que se trata de un tema jurídico colmado de controversia y dificultad, en distintos niveles y ejemplifica con interrogantes: La mera descripción de sistemas jurídicos extranjeros jes derecho comparado o hace falta ir más allá? ¡Se trata de un simple método o de algo más? ¿El único método útil es el funcionalista o se deben considerar otros? ; Se debe presumir la similitud o la diferencia? El comparatista ideal ; debería convertirse en un iniciado o debería mantenerse como forastero? En un nivel epistemológico, los interrogantes incluyen: ¿Cuál es el propósito de la comparación en los estudios jurídicos comparativos? ¿Qué se debería comparar? ¿Qué se entiende por comparación? ¿Qué se entiende por Derecho? Finalmente, respecto de la teoría del derecho comparado ; este se debe fundar en un compromiso con la teoría o constituye una simple técnica? La teoría de las familias o tradiciones jurídicas ; resulta útil? En la afirmativa, ¿cómo se deberían distinguir una de la otra?

Notable la amplitud de estos interrogantes. Entereza y disciplina para adoptar una actitud de búsqueda y seguir indagando en torno al método del Derecho Comparado.

Marcos jurídicos del ordenamiento territorial en América del Sur

Análisis comparado

LEONOR SELENA GIMELFARB*

^{*} Licenciada en Derecho y Máster en Ecología Humana (Universidad de Lausana, Suiza), doctoranda en Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible (Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo), docente-investigadora en el Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de Chilecito y en el Instituto de Ambiente de Montaña y Regiones Áridas (IAMRA). Correo: lgimelfarb@undec.edu.ar.

Resumen: Este trabajo compara los marcos jurídicos del ordenamiento territorial en Sudamérica. Se comentan recomendaciones metodológicas para la selección de los casos y las etapas del análisis. Se señala que cinco países aprobaron disposiciones constitucionales con diversos objetivos y competencias, y cuatro sancionaron leyes nacionales de ordenamiento territorial. Además, se encuentran normas en leyes ambientales y de planificación urbana. Se observan diferentes concepciones del ordenamiento territorial entre países. Se sugieren razones explicativas de estas similitudes y diferencias, y se proponen maneras de valorar la eficacia de las normas examinadas. Finalmente, se señala la importancia de considerar todas las fuentes del derecho.

Abstract: This paper compares legal frameworks for spatial planning in South America. We discuss methodological recommendations for the selection of cases and steps of the comparative analysis. We show that five countries have passed constitutional provisions with different aims and powers, and four national spatial planning acts are in force. In addition, regulations are found in environmental and urban planning laws. We note different conceptions of spatial planning between countries. We suggest reasons for such similarities and differences, and ways to assess the regulations' effectiveness. Finally, we point out the importance of considering all the sources of law.

I. Un respaldo legal adecuado para el ordenamiento territorial

El ordenamiento territorial es una política pública que busca regular u organizar el uso, la ocupación y la transformación del territorio para su aprovechamiento óptimo¹. Cuando el sistema territorial, en lugar de ser planificado, evoluciona tendencialmente, se generan

¹ Gudiño, María Elina (2009). "Instrumentos para la gestión del territorio. Ley de Ordenamiento Territorial y sistemas de información geográfica". Conferencia presentada en las Jornadas Regionales de Información Geográfica y Ordenamiento Territorial 1 (2009), 22-47, Ministerio Secretaría General de la Gobernación, Proyecto SIT Santa Cruz, DÍAZ B.G. y CAL-VIÑO P. (Compiladores), p. 26.

diversos problemas: desequilibrios territoriales, degradación ambiental, uso insostenible de los recursos naturales, exposición a riesgos naturales, así como conflictos entre agentes, sectores, actividades e instituciones públicas con competencias sobre un mismo espacio². Cuando el sistema territorial evoluciona de manera planificada, los conflictos se resuelven en beneficio del interés público, de forma participativa, concertada y transparente, y con visión de largo plazo³. El ordenamiento territorial puede entenderse como la solución prospectiva de los conflictos que resultan de carácter limitado del espacio y de los requerimientos complejos y crecientes a éste⁴. Se lo considera un instrumento del desarrollo sostenible⁵.

Para convertirse efectivamente en tal instrumento, el ordenamiento territorial requiere un respaldo legal adecuado a sus características⁶. La mayoría de los países de Europa occidental⁷ sancionaron leyes nacionales de ordenamiento territorial en la segunda mitad del siglo xx⁸. En diversos países de América del Sur existe asimismo una normativa de ordenamiento territorial⁹. Argentina no cuenta con una

² Gómez Orea, Domingo, Ordenación del territorio, 3ª ed, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 2013, p. 21.

³ Gómez Orea, op. cit., p. 21.

⁴ Griffel, Alain, Raumplanungs- und Baurecht (in a nutshell), Dike Verlag, Zúrich y St.Gallen, 2012, p. 5.

⁵ Massiris Cabeza, Ángel, Gestión territorial y desarrollo: hacia una política de desarrollo territorial sostenible en América Latina. Grupo Imprenta y Publicaciones Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja, Boyacá, p. 99.

⁶ Gudiño, op. cit., p. 24.

⁷ En particular España, Alemania, Francia, Italia, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Luxemburgo, Portugal y Suiza.

⁸ Massiris Cabeza, Ángel, Fundamentos conceptuales y metodológicos del ordenamiento territorial, Grupo Imprenta y Publicaciones Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja, Boyacá, 2005, p. 106. Senado de la Nación Argentina, Comisión De Economías Regionales, Economía Social, Micro, Pequeña Y Mediana Empresa, Antecedentes normativos sobre la temática del ordenamiento territorial, 2016, pp. 174 ss.

⁹ Massiris Cabeza Ángel, "Políticas de ordenamiento territorial en América Latina: Examen comparado". Ponencia presentada ante la Comunidad Andina, en marzo de 2013, en Lima.

ley específica a nivel nacional¹⁰ y está en curso un proceso legislativo para suplir esta carencia. Desde 2007, doce proyectos fueron presentados en el Congreso de la Nación, de los cuales diez caducaron¹¹, mientras que los dos proyectos presentados en abril de 2018 tienen todavía estado parlamentario¹². Esta multiplicidad de intentos de legislar sobre ordenamiento territorial revela la preocupación de diversos sectores sociales por esta problemática¹³ y también la dificultad que representa aunar criterios para lograr la sanción de una ley que la regule.

En este contexto, conocer las soluciones desarrolladas en otros países aportaría elementos para completar el marco jurídico vigente en Argentina. La identificación de posibles orientaciones y modelos a seguir en los procesos de reforma legislativa fomenta la comprensión y la mejora del derecho nacional, y constituye una función tradicionalmente asignada al derecho comparado¹⁴.

- ¹⁰ García Collazo M. Agustina Y Panizza Amalia, "Aspectos normativos vinculados al ordenamiento territorial en argentina", en J. M. Paruelo, E. G. Jobbágy, P. Laterra, H. Dieguez, M. A. García Collazo y A. Panizza (Ed.), Ordenamiento territorial rural: conceptos, métodos y experiencias (pp. 150-157), Universidad de Buenos Aires, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Buenos Aires, 2014, p. 151. Gudiño, op. cit., p. 32.
- ¹¹ Fundación Cambio Democrático y Fundación Ambiente Y Recursos Naturales, El Ordenamiento Ambiental del Territorio como herramienta para la prevención y transformación democrática de conflictos socio-ambientales. Lineamientos básicos y recomendaciones para el desarrollo de una política nacional, Volumen 2, Autores, Buenos Aires, 2011, p. 71. Senado De La Nación Argentina, Comisión De Economías Regionales, Economía Social, Micro, Pequeña Y Mediana Empresa, op. cit., p. 49. Diputados Argentina, Base de Proyectos desde 1999 de ambas Cámaras. Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Congreso de la Nación Argentina, Buenos Aires.
- ¹² Presupuestos Mínimos del Ordenamiento Territorial para el Desarrollo Sustentable (Exp. 2338-D-2018) y Presupuestos Mínimos de Ordenamiento Territorial (Exp. 1094-S-2018). Diputados Argentina, op. cit.
- ¹³ Fundación Cambio Democrático y Fundación Ambiente Y Recursos Naturales, op. cit., p. 30.
- ¹⁴ Cesano, José Daniel, "Consideraciones sobre algunas de las funciones del derecho comparado", Cuaderno de Derecho Comparado, Vol. I (2018), 13-34, pp. 15-17.

Para estudiar las soluciones que ofrecen, en distintos países, los marcos jurídicos a los diversos problemas que genera el aprovechamiento del territorio, se requiere previamente conocer su conformación: qué tipo de leyes contienen normas pertinentes. Asimismo, resulta relevante saber cómo estos marcos jurídicos conciben el ordenamiento territorial. Estos dos temas –la conformación de los marcos jurídicos y su concepción del ordenamiento territorial constituyen el objeto del presente trabajo.

En el próximo apartado se presentan algunas cuestiones metodológicas que se plantearon en el diseño de esta investigación.

II. Cuestiones metodológicas en la comparación de marcos jurídicos

De las cuestiones metodológicas que tienen relevancia en el diseño de una investigación comparativa, este trabajo mencionará dos: la selección de los casos a examinar y las etapas del análisis comparativo.

1. La selección de los casos

La selección de los casos se refiere al número de casos a incluir en la comparación y cuáles elegir. Estas decisiones no pueden ser fruto del azar o reflejar meras preferencias del investigador, sino que deben ser fundamentadas en la teoría. Al respecto cabe señalar que el método comparativo constituye una parte del método de las ciencias sociales en general¹⁵ y se usa tanto en el derecho (derecho comparado), como en las demás disciplinas sociales, entre otras la política comparada¹⁶. Debido a que el ordenamiento territorial es

David René, Les grands systèmes de droit contemporain, 9e éd., Dalloz, Paris, 1988, p. 6.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Mauro Cappelletti y el Derecho procesal constitucional comparado", Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2009, N° 13, 2009, 267-306, p. 281.

Rodière René, Introduction au droit comparé, Dalloz, Paris, 1979, pp. 33 ss. ¹⁵ Sartori Giovanni, "Comparación y método comparative", en Sartori, G. y Morlino, L. (comp.), La comparación en las ciencias sociales, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 33.

¹⁶ Lucca, Juan Bautista y Pinillos, Cintia, "El número de casos en la política

una política pública, es pertinente tener en cuenta los aportes metodológicos de autores de ambas disciplinas.

Una primera recomendación es seleccionar los casos en función del objetivo perseguido por la comparación¹⁷. Otra recomendación es limitar la cantidad de sistemas examinados:

"A moins qu'il n'y ait de bonnes raisons contraires, la prudence demande que le nombre de systèmes que l'on compare soit limité autant que possible sans compromettre le but de la comparaison. Plus on se propose d'examiner de droits, et plus grandes évidemment seront les difficultés que l'on rencontrera dans toute forme de recherche comparée." ¹⁸

Comparar dos sistemas jurídicos es una práctica común¹⁹. Limitar el número de casos examinados permite estudiarlos con mayor profundidad, teniendo en cuenta todas las fuentes de derecho, no solo la ley²⁰. Al respecto, Samuel señala que limitarse a comparar reglas y normas puede tener un efecto distorsionador sobre el derecho comparado²¹:

"The legal text is simply a signifier and the job of the comparatist is to go beyond this signifier in order to discover the cultural and mentality significance that the text represents. The comparatist is an interpreter, not a mathematician or logician."²²

comparada latinoamericana", en Democratización en América Latina en perspectiva comparada. Bogotá: Editorial de la Universidad Nacional de Colombia.

¹⁷ Rodière, op. cit., p. 145.

¹⁸ Gutteridge Harold Cook, Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953, p. 103.

¹⁹ Rodière, op. cit., p. 145.

²⁰ Ibid., pp. 37 y 141.

²¹ Samuel, op. cit., p. 13.

²² Ibid., p. 41. "El texto legal es simplemente un significante y el trabajo del comparatista es ir más allá de este significante para descubrir el significado cultural y mental que representa el texto. El comparatista es un in-

130 Leonor Selena Gimelfarb

En sentido similar, Legrand advierte:

"La comparaison exige d'avantage qu'une simple revue actualisée du droit positif apparemment pertinent, car par lui-même le droit positif n'explique rien, ou si peu, et la lumière qu'il projette est toute d'emprunt."²³

Por otra parte, Gutteridge desaconseja comparar derechos escritos en un idioma que el investigador no conozca bien. Seleccionar casos en idiomas conocidos permite acceder a las diversas fuentes del derecho en el idioma original, sin depender de traducciones y fuentes secundarias²⁴.

Otra recomendación de Gutteridge es comparar objetos similares, es decir, conceptos, reglas o instituciones pertenecientes al mismo período de desarrollo jurídico, político y económico²⁵. En realidad, deben compararse objetos que poseen a la vez similitudes y diferencias²⁶. Respecto de saber si dos objetos son comparables, Sartori señala que pueden serlo "respecto a algunas propiedades – aquellas que tienen en común– y no comparables respecto a otras". De modo que se debe definir en relación a qué atributo se comparan²⁷. Por su parte, el historiador y antropólogo Marcel Detienne cuestiona la idea que solo se pueden comparar comparables y aboga por la construcción de comparables²⁸. Qué se debe comparar constituye uno de numerosos interrogantes de índole epistemológica que se presentan al comparatista²⁹.

térprete, no un matemático o un lógico."

²³ Legrand, op. cit., p. 48 "La comparación requiere más que una simple revisión actualizada del derecho positivo aparentemente relevante, porque en sí mismo el derecho positivo no explica nada, o tan poco, y la luz que proyecta es toda prestada".

²⁴ Gutteridge, op. cit., p. 103.

²⁵ Ibid., p. 102.

²⁶ Sartori, Giovanni, "Comparación y método comparativo", en Sartori, G. y Morlino, L. (comp.), La comparación en las ciencias sociales (pp. 29-49), Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 35.

²⁷ Ibid., p. 35.

²⁸ Detienne, Marcel, Comparer l'incomparable, Éditions du Seuil, Paris, 2009, pp. 42 ss.

²⁹ Samuel, Geoffrey, An Introduction to Law Theory and Method, Hart

Por otra parte, en el campo de la política se viene discutiendo el siguiente problema: el método comparativo se caracteriza por estudiar pocos casos con muchas variables, lo cual presenta el inconveniente de restringir la validez de los resultados obtenidos. Para compensar esta debilidad, se ha recomendado aumentar el número de casos considerados³⁰. Una opción para lograrlo es analizar casos pertenecientes a una misma área geográfica, que suelen considerarse más comparables debido a que tienden a compartir rasgos comunes³¹. La ventaja de tal estudio radica en la mayor comparabilidad de los casos y un mayor grado de validez de los resultados alcanzados. Sin embargo, tiene la desventaja de que comparar en profundidad esta cantidad de casos puede superar la capacidad del investigador y se deban limitar las fuentes de derecho consultadas.

En función de las recomendaciones anteriores, este trabajo realiza un estudio de área enfocado en América del Sur, región en la que diez países cuentan con algún tipo de normativa de ordenamiento territorial³².

Resuelta la selección de los casos, se puede abordar la segunda cuestión metodológica: las etapas del análisis comparativo.

2. Etapas del análisis comparativo

Con respecto al modo correcto de realizar una comparación jurídica. Piña señala:

"Es antigua advertencia de los comparatistas que el Derecho Comparado no es un catálogo de normas extranjeras sino un conjunto de experiencias no nacionales. La mera referencia a normas extranjeras no implica un correcto uso del método comparado y más bien se

Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 9.

³⁰ Lijphart, Arend, "Comparative politics and the comparative method", en The American Political Science Review, 65 (3), 682-693 citado en Lucca y Pinillos, op. cit., p. 5.

³¹ Lucca y Pinillos, op. cit., p. 7.

³² Massiris, "Políticas de ordenamiento territorial en América Latina: Examen comparado", op. cit., p. 82.

constituye en un modo acientífico de referir el derecho".³³

Lo que se requiere es un análisis comparativo³⁴ que identifique las similitudes y diferencias que existen entre las normas examinadas³⁵. Para realizarlo, el comparatista italiano Mauro Cappelletti propone un esquema en seis etapas:

"1) el tertium comparationis, la ubicación de la necesidad o problema social real que comparar; 2) las soluciones jurídicas que los países han aportado para resolver el conflicto; 3) las razones explicativas (históricas, sociológicas, éticas, etc.) de las analogías y especialmente las diferencias de las soluciones adoptadas a un mismo problema; 4) advertir las tendencias evolutivas, que pueden ser convergentes o divergentes; 5) la valoración de las soluciones adoptadas en cuanto a la eficacia o ineficacia para resolver la problemática inicial, y 6) la predicción de desarrollos futuros, de tal suerte que el comparatista se convierte en un «profeta científico», en la medida que puede evidenciar tendencias evolutivas a la luz de su valoración de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución de los problemas."³⁶

En el caso de del ordenamiento territorial, como se señaló en la introducción, la primera etapa, la necesidad social real que comparar, es la regulación u organización del uso, la ocupación y la transformación del territorio para su aprovechamiento óptimo. En el próximo apartado se presentan los resultados de la segunda etapa: las soluciones jurídicas que los países han aportado para alcanzar este fin, esto es, los marcos jurídicos vigentes y cómo estos conciben el ordenamiento territorial.

³³ Piña, María del Carmen, "Algún dato desde sus orígenes", Cuaderno de Derecho Comparado, Vol. I (2018) 57-80, p. 70.

³⁴ Legrand, op. cit., p. 34.

³⁵ Cesano, José Daniel, "Entrevista a Lucio Pegoraro", Cuaderno de Derecho Comparado, Vol. I (2018), 173-186, p. 179.

³⁶ Ferrer Mac-Gregor, op. cit., pp. 280 s.

III. Marcos jurídicos del ordenamiento territorial en América del Sur: conformación y concepción del objeto

Los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial en América del Sur están conformados por leyes de distintas jerarquías y con diversos objetos (Tabla 1).

Tabla 1: Marcos jurídicos del ordenamiento territorial en América del Sur (2013-2014).

País	Instrumentos legales			
Argentina	Constitución Política (1994), art. 75. Ley General del Ambiente (2002). Leyes provinciales de Ordenamiento Territorial.			
Bolivia	Constitución Política (2009). Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para Vivir Bien (Ley 300 de 2012).			
Brasil	Ley 6776 de 1979 sobre ordenamiento urbano. Ley de zonificación ecológica económica (1981). Ley Federal N° 10.257, "Estatuto de la Ciudad" (2001). Constitución Política (art. 30).			
Chile	Lev General de Urbanismo y Construcciones. Dispersión normativa.			
Colombia	Ley de Desarrollo Territorial (№ 388 de 1997). Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (№ 1454 de 2011).			
Ecuador	Constitución Política (2008). Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) (2010). Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.			
Paraguay	Ley organica municipal (Ley 3966/2010). Sistema Nacional del Ambiente (Ley 1561/2000).			
Perú	Reglamento de ZEE (2004). Ley General Ambiental (2005).			
Uruguay	Leyde Ordenamiento y Desarrollo Territorial Sostenible (2008)			
Venezuela	Constitución Politica (1999), art. 128. Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983.			

Fuente: Elaboración propia a partir de Massiris (2013)³⁷ y Senado de la Nación Argentina (2014)³⁸.

Antes de analizar las soluciones adoptadas en los distintos países de la región, se presenta brevemente la situación en Argentina.

 $^{^{\}rm 37}$ Massiris, "Políticas de ordenamiento territorial en América Latina: Examen comparado", op. cit., p. 82.

³⁸ Senado de la Nación Argentina, Comisión De Economías Regionales, Economía Social, Micro, Pequeña Y Mediana Empresa, op. cit., pp. 174 ss.

1. En Argentina

La Constitución Nacional argentina no contiene referencias explícitas al ordenamiento territorial, motivo por el cual es posible preguntarse si existe un fundamento constitucional que permita la sanción de una ley nacional. El Consejo Federal de Planificación y Ordenamiento Territorial³⁹ y Massiris⁴⁰ ven tal fundamento en la competencia que establece el art. 75, inc. 19, segundo párrafo CN: "Corresponde al Congreso proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones."

A nivel legal, el ordenamiento territorial se encuentra regulado de manera parcial en diversas leyes nacionales:

- La Ley General del Ambiente (N° 25.675) establece al ordenamiento ambiental del territorio (art. 9 y 10) como un instrumento de la política y gestión ambiental.
- La Ley N° 26.331 establece el ordenamiento territorial de los bosques nativos.
- Numerosas otras leyes nacionales contienen normas que inciden en la organización territorial, como por ejemplo la Ley de Parques Nacional⁴¹.

Además, existen algunas leyes a nivel subnacional: dos provincias, Buenos Aires y Mendoza⁴², y la Ciudad Autónoma de Buenos

³⁹ Consejo Federal de Planificación y Ordenamiento Territorial, Anteproyecto de Ley Nacional de Planificación y Ordenamiento Territorial, 2012, p. 18.

⁴⁰ Massiris, "Políticas de ordenamiento territorial en América Latina: Examen comparado", op. cit., p. 82.

⁴¹ GARCIA COLLAZO y PANIZZA, op. cit., p. 152.

Gimelfarb Leonor Selena, "Recepción de los requisitos del Desarrollo Sostenible en la legislación nacional Argentina de Ordenamiento territorial", II Jornadas de Ordenamiento Territorial. Jornadas llevadas a cabo en la Facultad de Filosofía, Humanidades y Artes, Universidad Nacional de San Juan, San Juan, Argentina, octubre de 2017, p. 62.

⁴² Psathakis Jimena et al. (2010). Una aproximación al Ordenamiento Ambiental del Territorio como herramienta para la prevención y trasformación democrática de conflictos socio-ambientales - Volumen 1. Buenos

Aires⁴³ sancionaron leyes de ordenamiento territorial, con diversos alcances.

Este marco legal es disperso y carece de una norma articuladora, que establezca los instrumentos y procedimientos necesarios para que el territorio nacional se ordene de manera integral y coherente.

2. Las soluciones adoptadas en la región

Para conocer las soluciones adoptadas en los países de la región, la comparación se centró en los siguientes aspectos:

- i. Tipo de leyes que conforman los marcos jurídicos del ordenamiento territorial
 - ii. Formulación de las disposiciones constitucionales
 - iii. Concepto de ordenamiento territorial en la legislación.
- i. Tipo de leyes que conforman los marcos jurídicos del ordenamiento territorial

En relación con el tipo de leyes que conforman los marcos jurídicos del ordenamiento territorial (Tabla 2), se observa diversidad en cuanto a la jerarquía y al objeto de las leyes que incorporan normas de ordenamiento territorial:

- En cinco países, el ordenamiento territorial tiene jerarquía constitucional (Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador y Venezuela). Solo Venezuela cuenta con una ley específica, que concrete el mandato constitucional.
- En cuatro países, está vigente una ley de ordenamiento territorial. Su denominación varía:

Aires; Fundación Cambio Democrático y Fundación Ambiente y Recursos Naturales, p. 74.

Gudiño, María Elina, "El Ordenamiento Territorial como política de Estado", Perspectiva Geográfica, 2016, Vol. 20(1), 11-36, p. 30.

Pastorino Leonardo Fabio, "El Ordenamiento Ambiental Territorial", McGill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y, 2009, Vol. 5, 227-250, p. 236.

⁴³ Walsh, Juan R., "El Ordenamiento Territorial como herramienta para el desarrollo sustentable", Actas del III Encuentro del FAOS (Foro de la Abogacía organizada Sudamericana), 2009, 35-41.

Valls Mario Francisco, Derecho Ambiental, 2ª ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 96.

- 1. Colombia: Ley Orgánica de Desarrollo Territorial (Nº 388 de 1997)
- 2. Ecuador: Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010)
- 3. Uruguay: Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial Sostenible (Nº 18.308 de 2008)
 - 4. Venezuela: Ley Orgánica de Ordenación del Territorio (1983)
- En seis países, se encuentran normas de ordenamiento territorial en las leyes ambientales (Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Paraguay y Perú).
- En cinco países, las normas de ordenamiento territorial se encuentran en otra ley nacional (Brasil, Chile, Colombia, Ecuador y Paraguay). Estas leyes tienen objetos diversos, tales como: ordenamiento urbano, política urbana, urbanismo y construcciones, organización político-administrativa del territorio nacional⁴⁴, planificación y finanzas y competencias municipales.
- En cuatro países, las normas de ordenamiento territorial se encuentran en diversas combinaciones de leyes específicas, ambientales y/o otras (Brasil, Colombia, Ecuador y Paraguay).
- Tabla 2: Leyes que conforman el marco jurídico del ordenamiento territorial a nivel nacional en América del Sur (2017)

⁴⁴ En Colombia, la Ley N° 1454 de 2011, "por la que se dictan normas orgánicas de ordenamiento territorial" no regula el ordenamiento territorial en el sentido utilizado en el presente trabajo. Como lo aclara en el art. 1, su objeto es la organización político-administrativa del territorio.

País	Denominación	Tipo de leyes			
		CP	Ley de OT	Ley de Ambi ente	Otra ley naci onal
Arge ntina	Constitución Nacional de 1994 (art. 75) Ley General del Ambiente (Nº 25.675 de 2002)	x		x	
Bolivi a	Constitución Política (2009) Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para Vivir Bien (Ley 300 de 2012) Ley de Medio Ambiente (Ley 1333 de 1992)	х		x x	
	Constitución Política (art. 30) Ley 6776 de 1979 sobre ordenamiento urbano Zonificación ecológica económica (Decreto Nº 4297 de 2002) Ley Federal Nº 10.257, "Estatuto de la Ciudad" (2001)	x		x	x x
Chile	Ley General de Urbanismo y Construcciones (Decreto Nº 458 de 1976)				x
Colo mbia	Ley de Desarrollo Territorial (388 de 1997). Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454 de 2011)		X		x
Ecua dor	Constitución Política (2008) Ley de Gestión Ambiental, codificación, de 2004 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010) Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas	x	x	x	x
Parag uay	Ley orgánica municipal (Ley 3966 de 2010) Sistema Nacional del Ambiente (Ley 1561 de 2000)			x	х
Perú	Reglamento de ZEE (2004) Ley General Ambiental (2005) Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Nº 26821 de 1997)			x x x	
Urug	Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial Sostenible (2008)		x		
Venez uela		х	x		
Total	Cantidad de países cuyo marco jurídico está conformado por cada tipo de ley	5	4	6	5

CP: Constitución Política

OT: Ordenamiento Territorial

Fuente: elaboración propia a partir de Massiris $(2013)^{45}$ y Senado de la Nación Argentina (2014). 46

⁴⁵ Massiris, "Políticas de ordenamiento territorial en América Latina: Examen comparado", op. cit., p. 82.

⁴⁶ Senado de la Nación Argentina, Comisión De Economías Regionales, Economía Social, Micro, Pequeña Y Mediana Empresa, op. cit., pp. 174 ss.

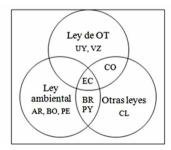
Así, en la actualidad, es posible distinguir tres tipos de leyes que incorporan normas de ordenamiento territorial en América del Sur:

- a) leyes de ordenamiento del territorio (leyes específicas)
- b) leyes ambientales, que prevén un ordenamiento ambiental o ecológico del territorio o una zonificación ecológica económica;
- c) otras leyes nacionales, con diversos objetos, en particular: leyes de urbanismo o desarrollo urbano y leyes atributivas de competencias.

Se pueden observar así seis modelos de marcos jurídicos del ordenamiento territorial (Gráfico 1). Tres modelos están conformados por leyes de un solo tipo y tres son mixtos:

- i. En Uruguay y Venezuela el ordenamiento territorial está regulado por una sola ley, específica (ley que, más allá de su denominación, tiene por objeto ordenar el territorio).
- ii. En Argentina, Bolivia y Perú, las normas de ordenamiento territorial se encuentran en leyes ambientales.
- iii. En Chile, el ordenamiento territorial está regulado en una ley de urbanismo.
- iv. En Colombia, se encuentran normas de ordenamiento territorial tanto en la ley específica como en otra ley, que establece la organización político-administrativa del territorio.
- v. En Brasil y Paraguay, el ordenamiento territorial está regulado por una combinación de leyes ambientales y otras leyes.
- vi. en Ecuador, el marco jurídico del ordenamiento territorial está conformado por tres tipos de leyes: específica, ambiental y otra (de planificación y finanzas).

Gráfico 1: Modelos de marcos jurídicos del ordenamiento territorial en América del Sur (2017).



Fuente: elaboración propia

En función de lo expuesto, es identificar los siguientes rasgos característicos de la regulación del ordenamiento territorial en la región:

- 1. La existencia de disposiciones constitucionales de ordenamiento territorial sin la correspondiente ley que concrete el mandato constitucional.
- 2. Diversidad de los tipos de leyes que incorporan normas de ordenamiento territorial: específicas, ambientales, de urbanismo, de organización político-administrativa, y atributivas de competencias, entre otras.
- 3. La recepción frecuente del ordenamiento territorial en leyes ambientales, lo cual le da, probablemente, un enfoque ecológico.
- 4. La dispersión normativa: la incorporación de normas de ordenamiento territorial en distintas leyes, sin norma articuladora.

En el próximo aparatado se analizan las disposiciones constitucionales de ordenamiento territorial sancionadas en Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador y Venezuela.

ii. Características de las disposiciones constitucionales de ordenamiento territorial

Analizando las disposiciones de las cinco constituciones políticas que contemplan el ordenamiento territorial (Tabla 3), se observa diversidad en cuanto a los objetivos que le son asignados y al nivel del Estado que es competente en la materia.

Los objetivos asignados al ordenamiento territorial son:

- crecimiento armónico de la Nación, poblamiento del territorio y equilibrio del desarrollo regional en Argentina;
- distribución demográfica racional, mejor aprovechamiento de la tierra y los recursos naturales, y conservación del ambiente en Bolivia;
- regulación del crecimiento urbano y del manejo de la fauna urbana e incentivo al establecimiento de zonas verdes en Ecuador; y
 - desarrollo sostenible en Venezuela.

La única similitud que se puede advertir es el objetivo de la distribución de la población en el territorio, que es compartido por Argentina y Bolivia. Por lo demás, las constituciones parecen perseguir objetivos diferentes. Además, una sola constitución, la vene-

140 Leonor Selena Gimelfarb

zolana, vincula el ordenamiento territorial con el desarrollo sostenible.

Con respecto al nivel de Estado competente para ordenar el territorio, en Argentina y en Venezuela, dos países federales de la región, es el Estado nacional. En Brasil, otro país federal, el ordenamiento territorial es una competencia municipal. En Bolivia, todos los niveles del Estado tienen competencias de ordenamiento territorial. Finalmente, en Ecuador, tanto el Estado central como los gobiernos autónomos descentralizados tienen competencias en la materia.

Tabla 3: Normas constitucionales de ordenamiento territorial: objetivos y competencias

País	Disposición de OT	Texto	Objetivos	Nivel de competencia
Argentina	Constitución Nacional de 1999, art. 75, inc. 19, segundo párrafo	políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual	Crecimiento armónico de la Nación, poblamiento del territorio y equilibrio del desarrollo regional.	Nación
Bolivia	Constitución Política de 2009, art. 402, así como 298, segundo párrafo, inc. 2; 300, inc. 5; 302, inc. 6; 304.	tierra y los recursos naturales, otorgando a los nuevos asentados facilidades de acceso a la educación, salud, seguridad alimentaria y producción, en el marco del	Distribución demográfica racional, aprovechamiento mejor de la tierra y los recursos naturales, y conservación del ambiente.	Todos los niveles del Estado
Brasil	Constitución Política de 1988, art. 30, inc. 8			Municipio
Ecuador	Constitución Política de 2008, art. 241 y 415	La planificación garantizará el ordenamiento territorial y será obligatoria en todos los gobiernos autónomos descentralizados. El Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes.	el manejo de la fauna	Estado central y gobiernos autónomos descentralizados

Fuente: elaboración propia.

iii. Concepto de ordenamiento territorial en la legislación

Finalmente, analizando las distintas leyes que conforman el marco legal del ordenamiento territorial en los países examinados, se encuentran diversas denominaciones, definiciones y fines, que señalan posibles diferencias conceptuales (Tabla 4):

En cuanto a las denominaciones utilizadas:

- En cinco países se utiliza la expresión "ordenamiento territorial", "ordenamiento del territorio" u "ordenación del territorio" (Bolivia, Chile, Colombia, Uruguay y Venezuela).
- En una ley de Paraguay se utilizan además las expresiones "planificación y ordenamiento territorial del municipio" y "ordenamiento urbano y territorial", para hacer referencia al ordenamiento territorial a nivel municipal.
- En tres países se utiliza la expresión "ordenamiento ambiental del territorio" u "ordenamiento territorial ambiental" (Argentina, Paraguay y Perú). En estos casos el ordenamiento territorial se concibe como un instrumento de la política ambiental.
 - La ley chilena utiliza la expresión "planificación territorial".
- En Brasil, se utiliza la "Zonificación Ecológica y Económica", en lugar del ordenamiento territorial⁴⁷ y en Perú, la primera apoya al segundo.

Con respecto a las definiciones del ordenamiento territorial, se observa asimismo diversidad. Según el país considerado, el ordenamiento territorial es:

- "Proceso de desarrollo de la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación" (Argentina, Ley General del Ambiente, N° 25.675 de 2002, art. 9).
- "Proceso que programa y evalúa el uso del suelo y el manejo de los recursos naturales en el territorio nacional y en las zonas sobre las que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción" (Ecuador, Ley de Gestión Ambiental, codificación, de 2004, glosario de definiciones).
- "Proceso técnico-político orientado a la definición de criterios e indicadores ambientales que condicionan la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio" (Perú, Ley General del Ambiente, Nº 28.611 de 2005, art. 19.2)
- "Conjunto de acciones transversales del Estado que tienen por finalidad mantener y mejorar la calidad de vida de la población (...)" (Uruguay, Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial Sostenible, Nº 18.803 de 2008, art. 3)

⁴⁷ En portugués: "Zoneamento Ecológico-Econômico".

- "Regulación y promoción de la localización de los asentamientos humanos, de las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico espacial" (Venezuela, Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983, art. 2).

Finalmente, resulta interesante notar la variedad de fines y objetivos asignados al ordenamiento territorial:

- Asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social, en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable (Argentina, Ley General del Ambiente, N° 25.675 de 2002, art. 9).
- Integrar la gestión integral de los sistemas de vida en armonía y equilibrio con la Madre Tierra, respetando la cosmovisión de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas (Bolivia, Ley Marco de la Madre Tierra y el Desarrollo Integral para Vivir Bien, Nº 300 de 2012, art. 28, inc. 1).
- Assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população, Critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil (Decreto Nº 4.297, de 10 de Julho de 2002, art. 2)⁴⁸
- Coordinación administrativa, aplicación de políticas sectoriales, logro del equilibrio regional y protección del medio ambiente (Ecuador, Ley de Gestión Ambiental, codificación, de 2004, glosario de definiciones).
- Mantener y mejorar la calidad de vida de la población, la integración social en el territorio y el uso y aprovechamiento ambientalmente sustentable y democrático de los recursos naturales y culturales (Uruguay, Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial Sostenible, Nº 18.803 de 2008, art. 3).

⁴⁸ "Asegurar la calidad ambiental, de los recursos hídricos y del suelo y la conservación de la biodiversidad, garantizando el desarrollo sostenible y la mejora de las condiciones de vida de la población, Criterios para la Zonificación Ecológico-Económica de Brasil" (Decreto Nº 4.297, del 10 de Julio de 2002, art. 2).

- Lograr una armonía entre el mayor bienestar de la población, la optimización de la explotación y uso de los recursos naturales y la protección y valorización del medio ambiente (Venezuela, Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983, art. 2).

Merece una mención especial la ley colombiana (Ley de Desarrollo Territorial, N° 388 de 1997, art. 3) por la formulación extensa y precisa de los fines asignados al ordenamiento territorial:

- 1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios.
- 2. Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible.
- 3. Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural.
- 4. Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales.

Es notable como en la legislación, a diferencia de las disposiciones constitucionales, los fines y objetivos asignados al ordenamiento territorial incorporan la preocupación por el ambiente y un desarrollo sostenible⁴⁹. Esta preocupación se puede advertir tanto en leyes ambientales como en las leyes de ordenamiento territorial.

En este apartado vimos cómo las soluciones desarrolladas para regular el ordenamiento territorial son diversas y resultan de la combinación de distintos tipos de normas. En los próximos apartados, utilizando la metodología propuesta por Cappelletti, se profundiza este análisis.

⁴⁹ La única excepción es Chile, lo cual se puede explicar en relación a fecha de sanción de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (1976), época en la cual la cuestión ambiental era incipiente en todo el mundo. Por su parte, la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de Venezuela, sancionada en 1983, ya cuenta entre sus objetivos "la protección y valorización del medio ambiente" (art. 1).

3. Las razones explicativas de las analogías y especialmente las diferencias de las soluciones adoptadas a un mismo problema

i. Las analogías relevadas y sus razones explicativas

La primera analogía relevada es que la mayoría de los países examinados (seis de diez) no sancionaron una ley nacional de ordenamiento territorial, sino que las normas que regulan esta se encuentran en leyes ambientales, leyes de desarrollo urbano y otro tipo de leyes. La dificultad que se observa en relación a lograr regular y controlar el uso, la ocupación y la transformación de los territorios se debe, según Massiris, a múltiples factores, tales como la preponderancia de visiones sectoriales y desarrollistas, la corrupción, la preeminencia de los intereses de ciertos actores y una vacilante voluntad política⁵⁰. Es importante tener en cuenta que los agentes económicos privados toman sus decisiones de localización de actividades económicas en función de sus intereses, no del interés colectivo⁵¹. Los intereses en juego y el poder económico del mercado inmobiliario pueden explicar que el ordenamiento territorial no tenga alta prioridad en las agendas política y social. Para entender por qué específicamente no se llegó a sancionar leyes específicas en cada país, sería necesario analizar los procesos legislativos en curso, labor que excede el alcance de este trabajo.

En la mayoría de los países examinados (nueve de diez), el ordenamiento territorial tiene fines ambientales. Lo cual pareciera indicar una preocupación compartida por el ambiente y una concepción del ordenamiento territorial como instrumento de la gestión ambiental. De modo similar, en seis países, el ordenamiento territorial es un instrumento de la política ambiental y se encuentra establecido en las leyes de ambiente.

En cinco países, el ordenamiento territorial tiene jerarquía constitucional. En estos países el constituyente parece reconocer la importancia del ordenamiento territorial para el desarrollo del país. Sin embargo, cuatro países no sancionaron una ley que concrete el

Massiris Cabeza, Ángel, Gestión territorial y desarrollo: hacia una política de desarrollo territorial sostenible en América Latina, op. cit., p. 77.
 Massiris Cabeza, Ángel, Fundamentos conceptuales y metodológicos del ordenamiento territorial, op. cit. p. 62.

mandato constitucional. Esta situación pareciera indicar que, si bien el constituyente reconoce la importancia del ordenamiento territorial, al legislador le resulta más difícil llegar a un consenso.

En la mayoría de los países, las normas de ordenamiento territorial se encuentran en más de una ley, siendo las excepciones Venezuela y Uruguay, que cuentan con una ley específica. Esta dispersión puede deberse a la concurrencia de dos factores contradictorios: la consciencia de la importancia del instrumento y la dificultad de sancionar una ley específica que lo regule de manera integral.

ii. Las diferencias relevadas y sus razones explicativas

De los cinco países que dieron rango constitucional al ordenamiento territorial, se destaca Venezuela por contar con una ley específica, que concreta el mandato constitucional. Aunque en realidad, la sanción de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial es anterior (1983) a la actual Constitución (1999).

En solo cuatro países tiene vigencia una ley de ordenamiento territorial. Conocer las fuentes materiales de estas leyes y los procesos sociales y políticos que condujeron a la sanción de estas leyes sería objeto de un estudio aparte.

Para determinar los factores que permitieron la sanción de leyes de ordenamiento territorial en algunos países e impidieron su sanción en otros, se requiere un análisis de los respectivos procesos legislativos desde una mirada política y sociológica.

4. Las tendencias evolutivas y la predicción de desarrollos futuros

La tendencia evolutiva parece ser el estancamiento del tema. En Argentina no se observa un debate social en torno al ordenamiento territorial y los diversos proyectos legislativos no tienen mucho eco en los medios. Los dos proyectos legislativos que tienen estadio parlamentario lo conservarán hasta 2020, sin embargo, debido a la situación política y económica que atraviesa el país, es probable que las prioridades sean otras y caduquen nuevamente estos proyectos. En otros países tampoco se vienen sancionando leyes nuevas de ordenamiento territorial, siendo Uruguay el último país en sancionar una ley específica en 2008.

En función de esta tendencia evolutiva, es posible predecir un desarrollo futuro en la misma línea. Además, la permanencia o retorno de la derecha al poder en algunos países de la región (como Argentina, Brasil y Chile) permite anticipar la implementación de políticas públicas de corte neoliberal –de *laissez-faire* en materia territorial– más que una planificación del desarrollo territorial.

5. La valoración de las soluciones adoptadas en cuanto a la eficacia o ineficacia para resolver la problemática inicial

Para valorar las soluciones adoptadas en cuanto a su eficacia, es menester previamente definir lo que se entiende por eficacia y comprender el alcance de este concepto en relación a la organización del uso, la ocupación y la transformación del territorio para su aprovechamiento óptimo.

Según Hierro, el término "eficacia" tiene diversas aceptaciones, entre otras, la eficacia como cumplimiento⁵² y como éxito⁵³ de una norma. Debido a la dificultad de medir la eficacia como cumplimiento, se la puede medir en su aplicación: "el hecho de que un órgano de adjudicación tome una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de la norma por su destinatario y, si ello no es posible, le imponga la sanción prevista para el caso de incumplimiento"⁵⁴. La eficacia como éxito se refiere al uso instrumental que se hace de las normas jurídicas para alcanzar el estado de cosas que se propuso el edictor de la norma; en otras palabras, el fin político de la norma⁵⁵.

En relación al ordenamiento territorial, la eficacia de las normas de en el sentido de cumplimiento es su acatamiento por parte de sus destinatarios: por un lado, el Estado, quien elabora e implementa los planes, y, por el otro, los particulares, que deberían realizar un uso del suelo conforme a las normas y planes. Para medir dicho cumplimiento se puede:

⁵² Hierro, op. cit., p. 139.

⁵³ Ibid., p. 160.

⁵⁴ Ibid., p. 140.

⁵⁵ Ibid., p. 160.

- Analizar los planes de ordenamiento territoriales elaborados para determinar si son conformes a las normas vigentes;
- Relevar los usos del suelo reales y contrastarlos con los planes aprobados;
- Revisar la jurisprudencia para apreciar el grado de aplicación de las normas.

En cuanto a la eficacia como éxito de las normas de ordenamiento territorial, esta se mide en relación al fin del ordenamiento, definido como "aprovechamiento óptimo del territorio". Tal medición requiere de un sistema de indicadores a ser desarrollado por un equipo interdisciplinario. Otro abordaje posible sería realizar un estudio bibliográfico de los trabajos publicados sobre experiencias de ordenamiento territorial⁵⁶, contrastando los resultados con lo que prevé la legislación.

IV. Caracterizar los marcos jurídicos del ordenamiento territorial

En función de la metodología empleada en el presente trabajo, centrada en un análisis de la legislación, los resultados obtenidos permitieron establecer una tipología de los marcos jurídicos del ordenamiento territorial vigentes actualmente en América del Sur. A diferencia de otras regiones del mundo, como Europa occidental, en la que la mayoría de los países sancionaron leyes nacionales de ordenamiento territorial en la segunda mitad del siglo xx⁵⁷, en nuestra región solo cuatro países cuentan con una ley específica. En los

⁵⁶ Ver por ejemplo Paruelo, J. M., Jobbágy, E. G., Laterra, P., Dieguez, H., Garcia Collazo, M. A. y Panizza, A. (Ed.), Ordenamiento territorial rural: conceptos, métodos y experiencias. Universidad de Buenos Aires, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Buenos Aires, 2014, pp. 271-395.

⁵⁷ Massiris Cabeza, Ángel, Fundamentos conceptuales y metodológicos del ordenamiento territorial, Grupo Imprenta y Publicaciones Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja, Boyacá, 2005, p. 106. Senado De La Nación Argentina, Comisión De Economías Regionales, Economía Social, Micro, Pequeña Y Mediana Empresa, Antecedentes normativos sobre la temática del ordenamiento territorial, 2016, p. 174.

demás países, las normas de ordenamiento territorial se encuentran en otras leyes, en particular leyes ambientales. En este contexto se plantean los siguientes interrogantes:

- 1. ¿Qué tipo de leyes o combinación de leyes resulta más eficaz para regular el uso, la ocupación y la transformación del territorio con el fin de lograr su aprovechamiento óptimo?
- 2. En los países en los que está vigente una ley específica, ¿es esta eficaz en el doble sentido de que se cumple y logra sus fines?
- 3. ¿En qué se distingue –conceptualmente y en la práctica– el ordenamiento ambiental o ecológico del territorio del ordenamiento territorial?

Otro resultado obtenido se refiere a cierta diversidad conceptual que se puede observar en los marcos jurídicos examinados en relación al ordenamiento territorial. En este sentido cabe señalar que este trabajo tiene carácter exploratorio y procura proporcionar un marco para la indagación de cuestiones sustantivas de la regulación jurídica del ordenamiento territorial. Las soluciones que los países adoptan para cada una de estas cuestiones, más allá de su alcance jurídico y su eficacia, dependen de factores sociales y políticos que resultaría asimismo interesante indagar. En este sentido, la metodología propuesta por Cappelletti ofrece una valiosa guía para profundizar el análisis comparativo y su utilización puede contribuir a evitar la trampa de la superficialidad⁵⁸.

Finalmente, es importante señalar que un estudio más amplio –que incorpore otras fuentes del derecho, como la jurisprudencia, la doctrina y el contexto social, económico y político– generaría posiblemente otro panorama y, en todos casos, enriquecería considerablemente el análisis. En estas líneas, el relevamiento de las medidas de implementación de las normas, como por ejemplo los planes de ordenamiento territorial elaborados e implementados, y su análisis en función de la legislación vigente, aportarían al conocimiento del derecho en acción y permitirían valorar las soluciones adoptadas en cuanto a su eficacia o ineficacia.

⁵⁸ Piña, op. cit., p. 80.

Referencias bibliográficas

- Cappelletti, M. (1993). El Derecho comparado: método y finalidades (una propuesta metodológica). En Autor, Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo. Cuatro estudios de Derecho comparado, trad. de H. Fix Fierro, México: Porrúa.
- Cesano, J. D. (2018). Entrevista a Lucio Pegoraro. Cuaderno de Derecho Comparado, I, 173-186.
- Cesano, J. D. (2018). Consideraciones sobre algunas de las funciones del derecho comparado. Cuaderno de Derecho Comparado, I, 13-34.
- Consejo Federal de Planificación y Ordenamiento Territorial (2012). Anteproyecto de Ley Nacional de Planificación y Ordenamiento Territorial. Recuperado de http://www.cofeplan.gov.ar/html/doc_institucionales/doc/anteproyecto.pdf
- David, R. (1988). Les grands systèmes de droit contemporain,
 9e éd. Paris: Dalloz.
- Detienne, M. (2009). Comparer l'incomparable. Paris: Éditions du Seuil.
- Diputados Argentina (s. f.). Base de Proyectos desde 1999 de ambas Cámaras. Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de https://www.diputados.gov.ar/proyectos/buscador2 016-9 9.html
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2009). Mauro Cappelletti y el Derecho procesal constitucional comparado, Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 13, 267-306.
- Fundación Cambio Democrático y Fundación Ambiente y Recursos Naturales (2011). El Ordenamiento Ambiental del Territorio como herramienta para la prevención y transformación democrática de conflictos socio-ambientales. Lineamientos básicos y recomendaciones para el desarrollo de una política nacional. Volumen 2. Buenos Aires: Autores. Recuperado de http://45.79.2 10.6/wp-content/uplo ads/2017/04/El-Ordenamiento-Ambiental-del-Territorio-% E2%80%93-Volumen-2.pdf.

- García Collazo, M. A. y Panizza, A. (2014). Aspectos normativos vinculados al ordenamiento territorial en argentina. En J. M. Paruelo, E. G. Jobbágy, P. Laterra, H. Dieguez, M. A. Garcia Collazo y A. Panizza (Ed.), Ordenamiento territorial rural: conceptos, métodos y experiencias (pp. 150-157). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Recuperado de http://gea.unsl.edu.ar/pdfs/libro_Orde namiento_Territorial.pdf
- Gimelfarb, L. S. (26-27 de octubre de 2017). Recepción de los requisitos del Desarrollo Sostenible en la legislación nacional Argentina de Ordenamiento territorial. II Jornadas de Ordenamiento Territorial. Jornadas llevadas a cabo en la Facultad de Filosofía, Humanidades y Artes, Universidad Nacional de San Juan, San Juan, Argentina. Recuperado de https://docs.wixstatic.com/ugd/3aebb7_90f7a4fb496e 4ac08251a39a9664480e.pdf
- Gómez Orea, D. (2013). Ordenación del territorio, 3ª ed. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa.
- Griffel, A. (2012). Raumplanungs- und Baurecht (in a nutshell).
 Zúrich, St.Gallen: Dike Verlag.
- Gudiño, M. E. (2009). Instrumentos para la gestión del territorio. Ley de Ordenamiento Territorial y sistemas de información geográfica. Ponencia presentada en las Jornadas Regionales de Información Geográfica y Ordenamiento Territorial, Ministerio Secretaría General de la Gobernación, Proyecto SIT Santa Cruz. Díaz BG y Calviño P. (Compiladores), 22-47. Recuperado de http://www.sitsantacruz.gob.ar/info_geografica/archivos/0103/libros/Instrumentos.pdf
- Gudiño, M. E. (2016). El Ordenamiento Territorial como política de Estado. Perspectiva Geográfica, 20(1), 11-36. https://doi.org/10.19053/01233769.4491
- Gutteridge, H. C. (1953). Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Hierro, L. L. (2003). La eficacia de las normas jurídicas. Barcelona: Ariel.

- Legrand, P. (2012). Le droit comparé. Paris: Presses Universitaires de France.
- Lucca, J. B. y Pinillos, C. (2016). El número de casos en la política comparada latinoamericana. En Democratización en América Latina en perspectiva comparada. Bogotá: Editorial de la Universidad Nacional de Colombia.
- Massiris Cabeza, A. (2005). Fundamentos conceptuales y metodológicos del ordenamiento territorial. Tunja, Boyacá, Colombia: Grupo Imprenta y Publicaciones Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC).
- Massiris Cabeza, A. (2012). Gestión territorial y desarrollo: hacia una política de desarrollo territorial sostenible en América Latina. Tunja, Boyacá, Colombia: Grupo Imprenta y Publicaciones Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC).
- Massiris Cabeza, A. (2013). Políticas de ordenamiento territorial en América Latina: Examen comparado. Ponencia presentada ante la Comunidad Andina, en marzo de 2013, en Lima.
- Paruelo, J. M., Jobbágy, E. G., Laterra, P., Dieguez, H., Garcia Collazo, M. A. y Panizza, A. (Ed.). (2014). Ordenamiento territorial rural: conceptos, métodos y experiencias. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Recuperado de http://gea.unsl.edu.ar/pdfs/libro_Ordenamiento_Territorial.p df
- Pastorino, L. F. (2009). El Ordenamiento Ambiental Territorial. Mc Gill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y, 5, 227-250. Recuperado de https://www.mcgill.ca/mjsdl/files/mjsdl/5_2_4_pastorino.pdf.
- Psathakis, J. et al. (2010). Una aproximación al Ordenamiento Ambiental del Territorio como herramienta para la prevención y trasformación democrática de conflictos socio-ambientales - Volumen 1. Buenos Aires; Fundación Cambio Democrático y Fundación Ambiente y Recursos Naturales. Recuperado de http://45.79. 210.6/wp-content/uploads/2017/04/EL-ORDENAMIENTO-AM BIENTAL-DEL-TERRITORIO.pdf.
- Piña, M. C. (2018). Algún dato desde sus orígenes. Cuaderno de Derecho Comparado, I, 57-80.

- Rodière, R. (1979). Introduction au droit comparé. Paris: Dalloz.
- Samuel, G. (2014). An Introduction to Law Theory and Method. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Sartori, G. (1994). Comparación y método comparativo. En Sartori, G. y Morlino, L. (comp.), La comparación en las ciencias sociales (pp. 29-49). Madrid: Alianza Editorial.
- Senado de la Nación Argentina, Comisión de Economías Regionales, Economía Social, Micro, Pequeña y Mediana Empresa (2016). Antecedentes normativos sobre la temática del ordenamiento territorial. Recuperado de http://www.senado.gov.a r/upload/195 34.pdf
- Valls, M. F. (2012). Derecho Ambiental, 2ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Walsh, J. R. (2009). El Ordenamiento Territorial como herramienta para el desarrollo sustentable. Actas del III Encuentro del FAOS (Foro de la Abogacía organizada Sudamericana), Comisión II: Desarrollo sustentable en América Latina, Argentina, 35-41.

Libertad Condicional en América

Análisis comparado de los ordenamientos jurídicos de la región

FERNANDO MIGUEL COMUÑEZ*

^{*} Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Profesor titular de Derecho Procesal III de la UES 21. Miembro titular del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Funcionario del Poder Judicial de Córdoba. Contacto: fernandocomunez@gmail.com

Resumen: En la presente investigación se analiza, de manera comparada, el instituto de la libertad condicional, más específicamente, se intenta establecer de qué manera los ordenamientos jurídicos de la región regulan este instituto. Además de efectuar un análisis general de ese beneficio liberatorio anticipado, se hace foco en los casos en que no es posible acceder a él.

Ello, debido a que existe una proliferación legislativa, en nuestro ordenamiento y también se reflejó en las distintas legislaciones analizadas, tendiente a limitar su acceso.

A su vez, se logró advertir que en algunos países se establece como requisito para acceder al beneficio, la reparación del daño y un mayor rol a la víctima en dicho trámite.

I. Introducción

La preocupación que nos movilizó a realizar el presente trabajo, está dada por los diversos cambios que ha sufrido el instituto de la libertad condicional en nuestro país. En efecto, puede advirtiese una proliferación legislativa que busca, cada vez más, limitar los alcances de este beneficio e impedir que ciertas personas puedan acceder a él.

Por ese motivo en que se propone analizar los diferentes ordenamientos de los estados de la región, y luego, adentrarnos específicamente en la regulación concreta de los egresos anticipados del régimen carcelario de cada uno de ellos.

La finalidad que se busca con dicho abordaje es la de establecer "en qué lugar estamos parados" con respecto a esa temática y, ponderar, si es factible o no, la utilización de alguna de las diferentes alternativas previstas en las legislaciones analizadas. Ello, constituye uno de los usos del Derecho Comparado, esto es, el posible trasplante de normas, que suele servir de inspiración para la política legislativa, en este caso, de Argentina.

En primer lugar, se van a realizar algunas disquisiciones generales sobre el instituto libertario en cuestión. Seguidamente, analizaremos las características principales del beneficio en nuestro país,

para luego enfocarnos en la regulación legal que posee en los diferentes países de América Latina.

Entre cosas, se tratarán cuestiones relativas con las condiciones de otorgamiento, trámite, pautas de conductas a observar y supuestos excluidos.

Para la elaboración del presente, se utilizó la legislación de cada estado, como así también el documento del programa Euro Social -Programa para la cohesión en américa latina, financiado por la Unión Europea-.⁵⁹

II. Nociones preliminares

A la libertad condicional la podemos concebir como un auténtico "beneficio penitenciario", el último paso del sistema antes de regresar al exterior, que permitir al interno, en quien concurran determinadas circunstancias, la posibilidad de cumplir en libertad el último período de la condena, siempre que durante dicho tiempo no vuelva a reincidir o incumpla las reglas de conducta que, eventualmente, se le hayan impuesto. Por lo tanto, nos encontramos ante un derecho subjetivo del penado, que adelanta el momento de la excarcelación, si bien, de manera condicional.

Históricamente, la libertad condicional es producto del movimiento de reforma penitenciaria acontecido en los siglos XVIII y XIX, como resultado de la implantación del sistema progresivo del cual se fue alejando hasta convertirse en un instituto autónomo de los más aplicados en el mundo.

Comúnmente, entre las razones que han justificado la aplicación del mencionado beneficio se han mencionado razones de prevención general, de prevención especial e incluso, razones prácticas, dirigidas a evitar el hacinamiento del que adolecen los establecimientos penitenciarios.

Así las cosas, vale mencionar que, en líneas generales, este beneficio requiere que la persona privada de libertad que pretenda disfrutar de aquél reúna una serie de requisitos, a saber:

⁵⁹ Documento elaborado por Euro Social. "Ejecución de la pena privativa de la libertad: una mirada comparada". Colección: Documento de trabajo nº 17. Madrid. 2014.

- El penado debe encontrarse cumpliendo una pena privativa de libertad, excluyendo el disfrute de la libertad condicional en los casos de condenados a otra clase de penas. No deja de ser contradictorio que los condenados a la pena más grave puedan acceder a un beneficio que la convierte de hecho en una pena simbólica y, en cambio, los que lo han sido a penas leves, como la multa o las inhabilitaciones, o incluso, a penas privativas de libertad, alternativas a la prisión, deberán cumplirlas íntegramente.
- En aquellos países en los que la libertad condicional sigue fuertemente vinculada a los sistemas progresivos, el condenado debe estar clasificado en la fase precedente para poder obtener la libertad. Por lo general, esta fase inmediatamente anterior comporta el traslado a un régimen abierto en el que el condenado puede salir al exterior y volver a pernoctar a la prisión. Este paso intermedio de preparación para la libertad es muy importante, en especial, cuando se trata de condenados a largas penas que prácticamente han perdido las relaciones con el mundo libre. Para que sea eficaz es recomendable que tenga una cierta duración. En esta fase intermedia se puede hacer un seguimiento de los primeros pasos del condenado en libertad; por lo tanto no consiste en abrir parcialmente la prisión sino poner en marcha un programa controlado de experiencias en libertad que aseguren que no haya excesivos riesgos cuando se obtenga plenamente el beneficio.
- Deben haberse cumplido un determinado tiempo de la condena. Este requisito que se mantiene en muchos sistemas recuerda los antiguos modelos en los que a falta de otros criterios de base empírica o científica condicionaban la concesión del beneficio al mero transcurso del tiempo penitenciario. Presumiendo que el mero trascurso de este sin incidencia era una prueba positiva de recuperación del penado.
- El penado debe haber observado buena conducta. También se encuentra presente en la mayoría de las legislaciones. Buena conducta se entiende, generalmente, como buena conducta penitenciaria, lo cual es contradictorio con el propio fundamento de la libertad condicional ya que esta tiene como objetivo los buenos ciudadanos y no los buenos internos. En ocasiones la mala conducta

penitenciaria denota una presumible mala conducta ciudadana, pero no siempre es así. De forma que este requisito en ocasiones se convierte en un obstáculo injustificado para acceder al beneficio. Por esta razón sería más recomendable interpretar la buena conducta en el sentido de una actitud positiva del condenado respecto del futuro o, incluso, en determinados delitos, respecto de la víctima.

- Debe existir un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por un equipo técnico. A veces se ha criticado este requisito señalando que si el acortamiento de la condena se hace depender de criterios psicobiocriminológicos, no sólo entraña un enorme de peligro de inseguridad jurídica, sino un rasgo de un derecho penal de autor.

Sin embargo, el informe del equipo técnico es un elemento esencial, no solo para programar los primeros momentos en libertad, sino también para tener una mínima seguridad de que el sujeto no volverá a reincidir. El equipo técnico debe asumir más funciones que las de realizar este informe, también debe ser el encargo de evaluar periódicamente la evolución del sujeto en libertad. En aquellos países que disponen de Jueces de vigilancia penitenciaria –o de ejecución- parece lógico exigir que la decisión final de conceder o no la libertad condicional recaigan en el órgano judicial ya que nos encontramos ante el beneficio que tiene mayor alcance.

III. Libertad condicional en Argentina

3.1. Noción

La libertad condicional es la posibilidad de recuperar la libertad luego de haber cumplido de manera efectiva una parte de la condena a pena de encierro, quedando sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones que impone el juez de ejecución penal.

La libertad condicional es otorgada por el juez de ejecución o el juez competente que tiene a cargo al interno y puede ser de oficio o bien a pedido del defensor. Para ello, el interno tiene que cumplir con los requisitos que están establecidos en el art. 13 del CP, que son del tipo objetivos y subjetivos. Entre los objetivos, encontramos el haber cumplido, el interno, un período de tiempo de condena (por ejemplo, en las penas superiores a tres años, las dos terceras partes de la condena, en las menores de 3 años, haber cumplido efectivamente 8 meses detenido). Entre los requisitos subjetivos, encontramos que debe haber cumplido regularmente los reglamentos carcelarios y también que debe obtener un informe favorable del organismo técnico criminológico a fin de que pronostique que la libertad condicional favorecerá el tratamiento de reinserción del interno en cuestión; dichos informes deben ser fundados.

Una vez efectuada la solicitud e incorporado los informes criminológicos en el respectivo incidente, se deberá correr las vistas debidas y luego el juez de ejecución resolverá la solicitud. Claro que cuando se deniega la misma, además del derecho a interponer formal recurso de casación, luego de transcurridos 6 meses de la primera solicitud, se puede volver a formalizar nuevamente el pedido.

La defensa deberá poner especial atención a aquellas cuestiones en que el informe técnico criminológico, o el dictamen fiscal sean negativos, ya que es ahí donde suelen filtrarse criterios peligrosistas que atentan directamente contra el principio de culpabilidad, al constituirse en un derecho penal de autor. En efecto, una defensa atenta deberá velar para que se respeten en esta etapa todas y cada una de las garantías procesales penales, penales y constitucionales vigentes en nuestro derecho.

Como vemos, no es automático el otorgamiento de la libertad condicional, sino que es materia de interpretación del juez de ejecución, si éste no la concede siempre es posible recurrir dicha decisión.

Tal como dijimos, la libertad condicional debe ser solicitada antes de cumplir las dos terceras partes de la pena, para ser resuelta al tiempo de cumplir el plazo impuesto para esta.

3.2. Requisitos

- Requisito temporal: a) Condenado a reclusión o prisión perpetua: treinta y cinco (35) años de condena; b) Condenado a reclusión o

a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios; c) Condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, haber cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión.

Cabe destacar que las diferencias entre reclusión o prisión no deben tenerse en cuenta, debiendo aplicarse los términos fijados para la prisión, toda vez que la pena de reclusión debe considerarse como virtualmente derogada.⁶⁰

- Observancia regular de los reglamentos carcelarios.
- Resolución judicial, previo: a) informe de la dirección del establecimiento, e b) informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social. (la exigencia de informe pericial fue agregado en el año 2004, ley 25.892)

Sin embargo, hay que tener en cuenta que al referirnos al cumplimiento regular de los reglamentos carcelarios, se hace referencia a que ello no implica que el interno no posea ningún tipo de sanciones, sino que, tal como lo está sosteniendo de manera pacífica gran parte de la jurisprudencia, la idea de "regular", alude a que el interno debe acatar de manera sostenida la normativa penitenciaria; esto es que puede tener sanciones pero precisamente la regularidad debe ser el cumplimiento del reglamento y no el incumplimiento del mismo.⁶¹

3.3. Supuestos excluidos

3.3.1. Reincidentes (Art. 14, 1° parte CP)

Se considera reincidente a aquel sujeto que anteriormente recibió un tratamiento penitenciario, aunque sea de modo parcial (conforme precedente "Mannini"⁶²)-, y luego comete un nuevo delito punible con pena de privación de la libertad, en el que no hubiera transcurrido un término igual a aquel por el que fue condenado,

⁶⁰ CSJN, "Méndez, Nancy Noemí". Causa nro. 862, 22/02/2005. Publicado. en "El Dial.com", ref. AA2792).

⁶¹ TSJ, Sala Penal, "Pravatta". S nro. 302. 18/10/2011.

⁶² CSJN, "Mannini, Andrés Sebastián". Causa nro. 12.678. 17/10/2007, Fallos 330:4476.

que no puede ser superior a 10 años ni será inferior a 5 años. (art. 50 CP).

Pese a numerosos planteos de inconstitucionalidad de esa norma, se ha mantenido la constitucionalidad de dicho precepto, tanto en la CSJN⁶³, como en el TSJ de Cba⁶⁴.

Se sostuvo, entre otras cosas que, el incremento de la pena en razón de dicha calidad (de reincidente) no importa una vulneración al principio de culpabilidad pues se justifica la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta. Al contrario, se sostuvo que el hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Este mayor grado de culpabilidad no sólo ha incidido en el legislador al incorporar a la reincidencia como un factor de medición de la sanción (art. 41 del CP), sino que ha vedado que el condenado a pena privativa de la libertad pudiera obtener el beneficio de la libertad condicional. Si se acepta la constitucionalidad de dicho instituto con respecto al art. 41 del CP, no puede sin contradecirse hacer lo mismo respecto del art. 14 de dicho digesto.

La libertad condicional prevista en el Código Penal es una opción hecha por el legislador en el marco de la ejecución de las penas privativas de la libertad, pero que podría haber obviado lo cual no resultaría inconstitucional en sí. Del mismo modo, éste tiene la facultad -ejercida razonablemente- de excluir a ciertos supuestos del beneficio, no luciendo arbitraria la distinción entre reincidentes (exceptuados del beneficio) y no reincidentes (habilitados para obtenerlo).

3.3.2. Los condenados por ciertos delitos:

El art. 14, segunda parte, CP, establecía que no podían acceder al beneficio de la libertad condicional, los condenados por: el delito

⁶³ CSJN, "Arevalo, Martín Salomón". Causa nro. 11.835, 27/05/2014. MJJ86119.

⁶⁴ TSJ, Sala Penal, "Cantarutti", S nro. 235. 09/06/2017.

del arts. 80 inciso 7º (*criminis causa*), 124 (abuso sexual seguido de muerte), 142 bis, anteúltimo párrafo (secuestro seguido de muerte - intencional-), 165 (homicidio en ocasión de robo) y 170, anteúltimo párrafo (secuestro extorsivo seguido de muerte -intencional-).

Estas limitaciones que fueron incluidas por la ley 25.892 –llamada ley Bloumberg – que también excluía de la posibilidad de acceder a los beneficios del período de prueba a los condenados por estos delitos, fueron motivos de críticas de diversa índole y derivó a que el TSJ de Córdoba, entre otros tribunales, declare la inconstitucionalidad de dicha norma.⁶⁵

Entre otras cosas, allí se dijo que, las exclusiones introducidas por la ley n° 25.892 (BO. 12/11/2004), que al modificar los arts. 14 CP y 56 bis de la ley n° 24.660 estableció un catálogo de delitos a los que se les impide acceder a los beneficios contemplados durante la ejecución de la pena privativa de libertad, constituyen una selección discriminatoria claramente vulnerante de la garantía de igualdad ante la ley del art. 16 CN.

Es que, a la luz de dicha garantía constitucional, no resulta tolerable que una vez optado por uno u otro sistema represivo, existan casos genéricos o soluciones genéricas que sean groseramente incoherentes con los principios penales que el mismo legislador discrecionalmente eligió. En tal sentido, cabe destacar que dicha exclusión no se sustenta en la gravedad de los delitos pues si bien los excluidos lo son, existen otros delitos de igual o mayor gravedad contra los mismos bienes jurídicos, para cuyos condenados –en cambio – sí son posibles los beneficios cancelados a los condenados por los delitos comprendidos en el catálogo. Así, no resultan afectados por las restricciones del art. 14 CP los demás supuestos de homicidio previstos en el art. 80 CP, que revisten la misma gravedad del supuesto criminis causae, ni otros injustos de mayor gravedad como los comprendidos en el Estatuto de Roma, para los que igualmente se prevé la prisión perpetua. (TSJ, Aguirre, 434/2015).

Pese a ello, en el año 2017, se volvió a legislar en tal sentido, al sancionar la ley n.º 27.375, la cual amplió el catálogo de delitos excluidos de acceder a la libertad condicional: homicidios agravados

⁶⁵ TSJ, Sala Penal, "Aguirre". S. nro. 434. 19/09/2015.

del art. 80 CP; delitos contra la integridad sexual -arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal-; privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida -art. 142 bis, anteúltimo párrafo, CP; tortura seguida de muerte -art. 144 ter, inciso 2, CP-; delitos previstos en los arts. 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, CP; secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, art. 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, CP; delitos previstos en los arts. 145 bis y ter, CP; casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies, CP; financiamiento del terrorismo, previsto en el art. 306 CP; Delitos previstos en los arts 5°, 6° y 7° de la ley 23.737; y los delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

Asimismo, también dispuso que los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida.

3.3.3. Penado cuya libertad condicional haya sido revocada, no la podrá obtener nuevamente –en la misma pena- (Art. 17 CP)

La condición negativa para la concesión de la libertad condicional prevista por el art. 17 CP, se torna operativa cuando la revocación del beneficio anterior obedece a la comisión de un nuevo delito durante el término de vigencia de las condiciones liberatorias, acreditado por sentencia firme, y haya mediado una unificación de penas entre el resto de aquella que le quedaba por cumplir de la condena por la cual accedió a la libertad y la impuesta por el nuevo delito, de modo que la nueva libertad se solicita en el marco de la misma pena por la que le fue concedido el beneficio revocado. 66 (TSJ, Araya, 218/2104)

3.4. Reglas de conducta

Las pautas a las que debe someter el condenado una vez concedida la libertad

⁶⁶ TSJ, Sala penal, "Araya". S nro. 218. 27/06/2014.

Condicional, son:

- 1. Residir en el lugar que se acuerde. A tal fin se realiza un informe socioambiental en el domicilio del condenado;
- 2. Cumplir con algunas reglas de inspección (por ejemplo: no consumir alcohol ni utilizar drogas);
- 3. Adoptar algún trabajo, oficio, arte, industria si no se tuviese plata suficiente para no necesitarlo;
 - 4. No cometer nuevos delitos;
 - 5. Quedar al cuidado de un patronato;
- 6. Someterse, si fuera considerado necesario, a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico.

VI. Libertad condicional en Chile

4.1. Noción

La libertad condicional posibilita un retorno progresivo y gradual al medio social al permitir al recluso cumplir con el saldo de su pena en el medio libre, bajo la tutela/el acompañamiento de un delegado de libertad vigilada o condicional.

Al igual que los permisos de salida, la libertad condicional responde también a los planteamientos de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (Regla 60.2), en cuanto establecen la conveniencia de que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad.

4.2. Requisitos

Los requisitos para obtener la libertad condicional se encuentran establecidos en el Decreto Ley N° 321/25 (modificado por ley n. ° 20578 de 2012). Estos son:

- Que el recluso se encuentre cumpliendo condena por sentencia firme o ejecutoriada. Todas las personas condenadas, independientemente del delito cometido y de la pena impuesta, tienen

derecho a solicitar la libertad condicional. Este beneficio intrapenitenciario no tiene exclusiones. El delito cometido o la condena, en su caso, solo determinarán el tiempo mínimo a cumplir para efectuar la solicitud.

- Que la pena privativa de la libertad impuesta al condenado sea superior a un año. Este límite temporal ha sido justificado, en el sentido que el tiempo necesario para aplicar una intervención penitenciaria debiera constar de un mínimo temporal no inferior a un año, para luego comprobar sus efectos mediante la liberación a prueba.
- Que el condenado haya cumplido de manera efectiva una parte de la condena impuesta. El tiempo de cumplimiento efectivo previo dependerá, en algunos casos, del delito por el cual fue condenado y, en otros, de la condena impuesta.
- La regla general dispone que es menester haber cumplido la mitad del total de la condena.
- Se requiere 2/3 del total de la condena para: parricidio; homicidio calificado; robo con homicidio; violación con homicidio; violación de menor de 14 años; infanticidio; abuso sexual calificado a menor de 14 años; abuso sexual impropio; almacenamiento de material pornográfico infantil; favorecimiento de la prostitución infantil; trata de personas; elaboración o tráfico de estupefacientes; delitos terroristas; manejo en estado de ebriedad causando lesiones graves gravísimas o la muerte.
 - 10 de prisión, para condenas superiores a 20 años.
- 3 años, para condena superior a 6 años por delitos de hurto o estafa.
 - 20 años Presidio perpetuo simple.
 - 40 años para el presidio perpetuo calificado.

Aquí, pueden apreciarse sustanciales diferencias con nuestro ordenamiento. En efecto, Chile opta por otorgar el beneficio a todos los penados, no contando con una norma que anule por completo este beneficio. Además, para delitos graves que en nuestro sistema se estableció la imposibilidad de gozar de ese beneficio (ej. Robo con homicidio), en Chile se impone un tiempo de encierro agravado, 2/3 de la condena, que constituye en nuestro ordenamiento la regla general de requisito temporal.

- Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal. La calificación de intachable de la conducta de un recluso no está definida en ninguna norma penitenciaria ni corresponde a las notas para clasificar conducta establecidas en el artículo 21 del reglamento de la ley de libertad condicional. Sin perjuicio de ello, normalmente se le asocia con la exigencia de conducta calificada con nota "muy buena" durante todo el semestre anterior a los periodos de postulación, esto es, a abril u octubre de cada año.
- Haber aprendido un oficio, si hay talleres en el establecimiento penal.
- Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento penal y a las conferencias educativas que se dicten. Si el condenado acredita un nivel de educación superior al que ofrece el establecimiento penal o éste carece de una escuela, no podrá exigirse este requisito.

4.3. Efectos del otorgamiento de la libertad condicional

La libertad condicional, constituye una modalidad de cumplimiento de la pena distinta a la privación de la libertad. Por tanto, los efectos de su otorgamiento importan:

- Cumplimiento del resto de la pena privativa de la libertad en el medio libre.
 - No es un medio de extinción de la pena.
- Por regla general, no modifica la duración total de la condena, con la excepción de 2 casos: a) Cuando el liberto condicional estaba cumpliendo una pena privativa de la libertad superior a 20 años, el otorgamiento de la libertad condicional fija la pena total que deberá cumplir esta persona en 20 años; o b) Cuando el liberto condicional estaba cumpliendo una pena privativa de la libertad superior a 6 años, por condena por delitos de hurto y estafas, el otorgamiento de la libertad condicional fija la pena total que deberá cumplir esta persona en 6 años.

4.4. Obligaciones del condenado bajo libertad condicional

- El condenado deberá permanecer en el lugar de residencia señalada por el Tribunal de Conducta. Podrá ausentarse de dicho lugar o cambiar su lugar de residencia, pero para ello, requiere de la autorización del presidente de la comisión de libertad condicional respectiva.
- El condenado queda sometido al control del Tribunal de Conducta respectivo, es decir, aquél del lugar de su residencia. En la práctica, esta función es cumplida por los Centros de Apoyo para la integración social (ex Patronatos de Reos) y se traduce en una firma semanal.
- El condenado deberá obedecer todas las órdenes que le imparta el tribunal de conducta respectivo.

4.5. Relación entre rebaja de condena y libertad condicional

La calificación de comportamiento sobresaliente (comportamiento que revelare notoria disposición del condenado para participar positivamente en la vida social y comunitaria, una vez terminada su condena.) genera los siguientes efectos respecto de la libertad condicional:

- Condenado puede postular un semestre antes a la libertad condicional.
- Constituye un antecedente calificado para la postulación a la libertad condicional.

4.6. Condonación de una parte de la condena

Se establece un beneficio adicional para aquellos libertos condicionales que durante el cumplimiento de su condena en libertad condicional hubiesen observado muy buena conducta durante la mitad del tiempo que debían cumplir bajo esta modalidad. Se trata de la condonación de condena o indulto parcial, que se hará efectiva por medio de un decreto supremo (art. 38 del Reglamento de libertad condicional).

Para que proceda la condonación, el requisito de muy buena conducta se acreditará con un certificado de cumplimiento del organismo fiscalizador (Centros de Apoyo para la integración social -antiguos Patronatos de Reos- a cargo del Departamento Postpenitenciario de Gendarmería de Chile).

V. Situación en Uruguay

5.1. Libertad vigilada y libertad vigilada intensiva.

El cumplimiento de las penas privativas de libertad podrá sustituirse por alguna de las siguientes penas: a) Libertad vigilada o b) libertad vigilada intensiva.

- a) La libertad vigilada consiste en someter al penado a un régimen de libertad a prueba, tendiente a su reinserción social, a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de la Oficina de Seguimiento de la Libertad Asistida, dependiente del Ministerio del Interior. Podrá disponerse siempre que la pena privativa de libertad sea de prisión o no supere los tres años de penitenciaría.
- b) La libertad vigilada intensiva consiste en someter al penado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales. La vigilancia y orientación permanentes de lo establecido en este artículo estará a cargo de la Oficina de Seguimiento de la Libertad Asistida. Podrá disponerse si la pena privativa de libertad fuere superior a tres años y menor a cinco años.

No podrá disponerse la libertad vigilada ni la libertad vigilada intensiva en casos de reincidencia, reiteración o habitualidad.

Al imponer la pena de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, según correspondiere, el tribunal fijará el plazo de intervención que será igual al que correspondería cumplir si se aplicara efectivamente la pena que se sustituye.

5.2. Libertad condicional

La libertad condicional es un beneficio que se otorga a petición de parte o por medio de su letrado patrocinante, a los penados que se hallaren en libertad al quedar ejecutoriada la sentencia de condena, cuando teniendo en cuenta su conducta, personalidad, forma y condiciones de vida pueda formularse un pronóstico favorable de reinserción social. En tal caso, la pena se cumplirá en libertad en la forma y condiciones previstas por la ley.

El penado podrá solicitar la libertad condicional en un plazo perentorio de diez días hábiles posteriores a que haya quedado ejecutoriada la sentencia de condena, suspendiéndose su reintegro a la cárcel hasta tanto se resuelva si se le otorga dicho beneficio.

El liberado condicional queda sujeto a vigilancia de la autoridad, en los términos dispuestos en el Código Penal, por el saldo de pena que resultare de la liquidación respectiva.

5. 3. Proyecto de reforma

Se han esbozados diversos proyectos de ley, en procura de reformar la legislación antes expuesta –en consonancia con los discursos de emergencia social, vivenciados en nuestro ordenamiento-. Entre ellos, se encuentra el presentado el 27/02/2018 por Guillermo Facello.

Allí, se hace hincapié en la necesidad de reformar la norma en cuestión, en razón de que la misma ha ido perdiendo vigencia y efectividad para la persecución del delito, generando en cambio espacios para la aplicación de libertades vigiladas, incluso para delitos graves, defraudando las expectativas que la ciudadanía y el sistema político depositaron en ella. A vía de ejemplo refieren que se habilita a delincuentes como rapiñeros, que reciben condena menor a 5 años, obtengan el beneficio de la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva y no vayan a prisión sino a sus casas sólo con alguna medida cautelar menor. Si a este beneficio liberatorio de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva se adicionan otras previsiones del nuevo Código del Proceso Penal, como por ejemplo la aplica-

ción del proceso abreviado aunque la pena por el delito sea incluso mayor a los 5 años, hoy es posible obtener la liberación del delincuente ya que la sumatoria de beneficios permite ese resultado.

Por todo ello, impulsan la derogación total de la Ley N° 19.446, y solo mantener la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, para quienes cometen delitos de hasta 5 años o más de penitenciaría.

Finalmente, afirman que dicha ley debe ser derogada, por interpretar a la sociedad que exige en forma clara y contundente, que no se otorguen más beneficios ni al delito ni a los delincuentes.

VI. La libertad condicional en Brasil

6.1. Requisitos

El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a prisión por no menos de dos (2) años, a condición de que:

- cumplida más de un tercio de la pena si el condenado no es reincidente en crimen doloso y tiene buenos antecedentes;
- cumplida más de la mitad si el condenado es reincidente en un crimen doloso;
- comprobado comportamiento satisfactorio durante la ejecución de la pena, buen desempeño en el trabajo que le fue atribuido y aptitud para proveer a la propia subsistencia mediante trabajo honesto;
- haya reparado, salvo efectiva imposibilidad de hacerlo, el daño causado por la infracción;
- cumplidos más de dos tercios de la pena, en los casos de condena por crimen grave -atroz-, práctica de tortura, tráfico ilícito de estupefantes y drogas afines, tráfico de personas y terrorismo, si el apenado no es reincidente específico en crímenes de esa naturaleza.

Para el condenado por crimen doloso, cometido con violencia o grave amenaza a la persona, la concesión de la liberación quedará también subordinada a la constatación de condiciones personales que hagan presumir que el liberado no volverá a delinquir.

VII. Libertad condicional en Bolivia

7.1. Regulación legal

El Juez de Ejecución Penal, mediante Resolución motivada, previo informe de la Dirección del establecimiento penitenciario, podrá conceder Libertad Condicional por una sola vez al condenado a pena privativa de libertad, conforme a los siguientes requisitos:

- Haber cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, o aquella que derive del nuevo cómputo;
- Haber observado buena conducta en el establecimiento penitenciario, no habiendo sido sancionado por faltas graves o muy graves en el último año; y,
- Haber demostrado vocación para el trabajo.
- El Juez de Ejecución, vigilará el cumplimiento de las condiciones impuestas, las que podrán ser reformadas de oficio o a petición del Fiscal o del condenado.
- El incidente de Libertad Condicional, deberá ser formulado ante el Juez de Ejecución Penal. Podrá ser promovido a petición de parte o de oficio.
- El Juez de Ejecución Penal, determinará en cada caso, mediante Resolución fundada, las condiciones para la ejecución de la Libertad Condicional, y en todo caso, a tiempo de imponer las reglas, cuidará de causar el menor perjuicio posible a la relación laboral del condenado. Las reglas impuestas, sólo serán apelables por el condenado y únicamente cuando sean ilegales, afecten su dignidad, sean excesivas o contravengan el fin resocializador de la pena.

VIII. La libertad condicional en Colombia

8.1. Requisitos

La regulación de la libertad condicional en este país, ha sufrido numerosas modificaciones, entre ellas, la ley 890 de 2004, ley 1453 de 2011, ley 1709 de 2014 y Ley 1773 de 2016.

El Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena.

No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena.

El período de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena.

8. 2. Pautas de conducta

El reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional comporta las siguientes obligaciones para el beneficiario:

- 1. Informar todo cambio de residencia.
- 2. Observar buena conducta.
- 3. Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.
- Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello.
- 5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena.

Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

8.3. Supuestos excluidos

No se concederá la libertad condicional; ni ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

IX. Libertad condicional en Paraguay

9.1. Regulación legal

El tribunal suspenderá a prueba la ejecución del resto de una pena privativa de libertad, cuando: a) hayan sido purgadas las dos terceras partes de la condena, b) se pueda esperar que el condenado, aún sin compurgamiento del resto de la pena, no vuelva a realizar hechos punibles; y c) el condenado lo consienta.

La decisión se basará, especialmente, en la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del hecho punible, su comportamiento durante la ejecución de la sentencia, sus condiciones de vida y los efectos que la suspensión tendrían en él.

El tribunal puede imponer que el beneficiario repare el daño causado, de acuerdo a sus posibilidades, y fijará las reglas de conducta que debe observar.

La suspensión no se concederá, generalmente, cuando el condenado hiciera declaraciones falsas o evasivas sobre el paradero de objetos sujetos al comiso.

El tribunal podrá fijar plazos no mayores de seis meses, durante los cuales no se admitirá la reiteración de la solicitud de la suspensión.

X. Situación en Perú

Los institutos de la semilibertad y libertad condicional se encuentran regulados en el decreto 1296 del 2016.

10. 1. Semilibertad

El beneficio penitenciario de semi-libertad permite que el interno con primera condena efectiva egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar, siempre y cuando:

- 1. Cumpla la tercera parte de la pena.
- 2. No tenga proceso pendiente con mandato de detención.

- 3. Se encuentre ubicado en la etapa de mínima o mediana seguridad del régimen cerrado ordinario.
 - 4. Cumpla con pagar los días multa fijados en la sentencia.
- 5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno. En ningún caso el monto parcial debe ser menor al 10% del monto total.

10.2. Libertad Condicional

Por su parte el beneficio penitenciario de liberación condicional permite que el interno con segunda condena efectiva egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar, siempre y cuando:

- 1. Cumpla la mitad de la pena.
- 2. No tenga proceso pendiente con mandato de detención.
- 3. Se encuentre ubicado en etapa de mínima, mediana o máxima seguridad del régimen cerrado ordinario.
 - 4. Cumpla con pagar los días multa fijados en la sentencia.
- 5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno.

10.3. Supuestos excluidos

No son procedentes los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077 Ley Contra el Crimen Organizado.

Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107 (parricidio), 108 (homicidio calificado), 121-A (lesiones graves a hijos menores de edad), 121-B (lesiones graves contra la mujer y su entorno familiar); entre muchos otros.

XI. Conclusiones

Luego de haber analizado los diferentes ordenamientos jurídicos de los países estudiados pudimos obtener una muestra, bastante amplia, del estado actual de la cuestión.

Así las cosas, países como Argentina, Perú, Paraguay y Brasil, no permiten el acceso al beneficio, a los condenados por la comisión de ciertos delitos, o, por su conducta procesal -Paraguay-, o por ser una pena de escaso monto -como sucede en Brasil-. A este grupo de estados, podríamos sumar a Uruguay, que si bien no está legislado actualmente, hay numerosos proyectos de ley que buscan incluir normas en ese sentido.

Por otro lado, muchos de ellos incluyen como requisito necesario para la concesión o mantenimiento de la libertad condicional, la reparación del daño causado -Brasil, Colombia, Paraguay y Perú. Consideramos que argentina deberá legislar en tal sentido, lo que implicaría estar en consonancia con las últimas reformas que se dieron en el país -por ejemplo la inclusión de criterios de oportunidad- y el mayor rol de la víctima en el proceso penal-.

También surgió de este análisis, que solo algunos pocos países –argentina y Colombia- no permiten conceder la liberación condicional a los reincidentes. También podría sumarse Brasil pero solo lo dispone en casos de reincidentes específicos de delitos atroces – o muy graves-.

Ahora bien, creemos que es necesario afirmar que, y a modo de cierre del presente estudio, que la cancelación absoluta de la libertad condicional no logra cumplir el objetivo por el cual fue pergeñada -esto es, evitar la reiteración delictiva- y solamente puede servir, parcialmente, para anular al interno durante el período que se encuentra privado de la libertad.

Por ello, consideramos que la tan ansiada reinserción social del condenado no puede lograrse con normas cancelatorias, sino más bien, insistir en la progresividad de la pena, y optimizar los elementos positivos del interno que ha demostrado en su devenir institucional a fin de obtener, paulatinamente, su retorno adecuado al medio libre.

Finalmente, vale mencionar que este trabajo no tuvo la intención agotar la temática, la cual por estar estrechamente relacionada con una materia dinámica y en continuo desarrollo se mantiene en una constante actualización. La intención fue solamente la de servir de base para futuros estudios que profundicen el análisis del tema tratado y colaboren para un mejor abordaje de la ejecución de la pena.

Estudio comparativo de las leyes penitenciarias de España y Argentina

Precedentes y contexto histórico de sus nacimientos y posteriores reformas

Matías Manuel Mansilla*

^{*} Abogado de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Contacto: matiasmanuel112@gmail.com

Resumen: Primeramente se busca detallar, empleando el método comparativo, los antecedentes y el proceso de formación de la normativa de ejecución penal española y argentina; El análisis de cómo el contexto histórico influenció en la forma y contenido de las leyes en cuestión, permite matizar las diferencias y coincidencias que presentan ambos ordenamientos jurídicos. Posteriormente se estudian las diversas modificaciones que tuvieron las normas penitenciarias: su contenido y la relación con las corrientes ideológicas imperantes, haciendo especial hincapié en el denominado populismo punitivo y los evidentes efectos que genera en los sistemas penales analizados.

Abstract: Firstly, it is sought to detail, using the comparative method, the background and the process of formation of the Spanish and Argentine penal execution regulations; The analysis of how the historical context influenced the form and content of the laws in question, allows us to clarify the differences and coincidences that both legal systems present. Subsequently, the various modifications that the penitentiary norms had are studied: their content and the relationship with the prevailing ideological currents, with special emphasis on the so-called punitive populism and the evident effects it generates in the criminal systems analyzed.

Introducción

El presente trabajo se centrará en analizar comparativamente los antecedentes normativos y el contexto político-social del surgimiento de las actuales Anclaleyes que regulan la ejecución de la pena prisión en España y Argentina. Además, y desde esa misma óptica, se examinarán las sucesivas modificaciones que han sufrido las leyes en cuestión, esto es, la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria¹ española y a la Ley 24660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad² argentina.

 $^{^1\,}$ Del 26 de septiembre del 1979, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 239 del 5 de octubre del mismo año.

² Sancionada el 19 de junio de 1996, promulgada el 8 de julio y publicada en el Boletín Oficial Nº 28436 el 16 de julio de ese mismo año.

180 Matías Manuel Mansilla

Este abordaje se inserta en el marco de una investigación comparativa más amplia de la normativa penitenciaria de ambos países. El contenido de estas reglas jurídicas será objeto de estudio en posteriores trabajos que complementarán el que aquí se presenta. Por tal motivo las conclusiones que se arriben en esta monografía serán de carácter parcial, apreciándose el real aporte de las mismas una vez finalizada la labor investigativa en su totalidad.

Precedentes jurídicos y contexto histórico del nacimiento de las leyes de ejecución

En lo que respecta a la normativa ibérica, las reglas jurídicas que antecedieron a la actual ley orgánica se caracterizaban por regular la materia penitenciaria de manera dispersa y fragmentaria, en normas de rango inferior a la ley, tales como reglamentos, decretos y circulares. El primer antecedente³ considerado como un verdadero elemento aglutinador de la cuestión penitenciaria fue el Real Decreto del 5 de mayo de 1913, el cual consolida el sistema progresivo rígido de la pena de prisión instaurado desde 1901. Posteriormente a partir de 1930 se promulga el Reglamento de los Servicios de Prisiones, siendo la Directora General de Prisiones, de ese momento, la diputada socialista Victoria Kent; quien en su breve período en ese cargo⁴ realizó una importante labor reformista caracterizada por el incremento de los derechos de los reclusos y una humanización en la ejecución de la penas. Sin embargo este proceso reformador se vería trunco por la falta de apoyo debido a la inestable situación socio-política reinante que caracterizó a la Segunda República Española; sucediéndose a los pocos años la Guerra Civil (1936-1939) que culminaría con la instauración del régimen dictatorial de Francisco Franco. Durante este último período se decretó el 5 de marzo de 1948 el Reglamento Penitenciario que reemplazaba al de 1930. Pese a que explicitaba entre sus propósitos propugnar

³ Laso, Antonio Andrés, Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro, Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica, Madrid, 2016, pág. 40 y siguientes.

⁴ Desde el 19 de abril de 1931 al 8 de junio de 1932.

una unificación de las diversas disposiciones vigentes en ese momento para lograr así mayor seguridad en su aplicación, y dar rigor científico al régimen penitenciario con arreglo a las más avanzadas doctrinas relativas a la regeneración del delincuente⁵, el contenido del reglamento no logró trascender de los postulados formales y en la práctica significó un endurecimiento de la ejecución de la pena, predominando la custodia y retención de los presos por encima de la función reformadora.

Ese reglamento tuvo vigencia hasta 1956, año en el que la dictadura franquista, una vez consolidada y en el medio de un proceso de apertura hacia la comunidad internacional⁶, decidió actualizar la normativa penitenciaria. A la luz de la doctrina de la defensa social y del surgimiento de distintos textos internacionales de reconocimiento y protección de los derechos humanos⁷, el 2 de febrero de ese año se aprobó el Reglamento de los Servicios de Prisiones⁸, que si bien intentó ser un avance en la materia, continuó el mismo derrotero que su predecesor; siendo calificado por la doctrina como un instrumento con diversas deficiencias: una orientación disciplinaria casi militar, sanciones severas, ausencia de mecanismos de defensa de los detenidos y escasa permisión de comunicación con el exterior entre otras.

Luego de ello sobrevinieron dos reformas a este reglamento, la primera, de gran importancia, en 1968, en donde se flexibiliza el sistema progresivo de la pena⁹ mejorándose el aspecto técnico del

⁵ Exposición de motivos del mencionado reglamento, publicado en el Boletín Oficial del Estado desde el 15 de mayo al 9 de junio de 1948.

⁶ Se deben mencionar como hitos de ese proceso la firma del Concordato con la Santa Sede en 1953, los Pactos de Madrid (tres acuerdos ejecutivos con los Estados Unidos de América) en el mismo año y la incorporación a la Organización de Naciones Unidad en 1955.

⁷ Entre ellos la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955.

⁸ Cfr. Laso, Antonio Andrés, op. cit., pág. 62 a 67.

⁹ Se permite que los penados puedan ser clasificados directamente en segundo o tercer grado (de los cuatro existentes) sin necesidad de que tengan que pasar por cada uno de ellos y se elimina la duración prefijada que debían permanecer en cada grado, dependiendo exclusivamente la estancia

tratamiento penitenciario (ej. con la creación de servicios cualificados que diseñaban y aplicaban los programas de tratamiento y con la incorporación del procedimiento de clasificación); el cual en líneas generales constituiría la base de la actual ley orgánica.

Posteriormente en 1977 se produce otra modificación al reglamento de 1956 que continúa y profundiza lo realizado por la reforma de 1968. Pero previo a esta actualización normativa, aconteció un evento que afectó el curso de la historia contemporánea española, incluyendo la del derecho penitenciario que aquí nos ocupa; el 20 de noviembre de 1975 falleció el dictador Francisco Franco, dejando la Jefatura de Estado, luego de 36 años, al rey Juan Carlos de Borbón. Con este suceso se inicia una fase política denominada la "Transición" en el que se llevó a cabo el proceso por el que España cambió de sistema político abandonando el régimen dictatorial por una monarquía parlamentaria, establecida en la Constitución de 1978, la cual luego de su sanción y entrada en vigencia marcó el final de esta fase y el inicio de la actual etapa democrática. La Transición se caracterizó por ser un período de inestabilidad y efervescencia político-social en la que se intentó aunar acuerdos que dieran forma a la nueva base jurídico-política sobre la que se asentaría el Estado español, lo que terminó traduciéndose en la mencionada Constitución de 1978. Uno de los ámbitos donde más se notó la agitación y convulsión social fue en las prisiones. Durante ese lapso de tiempo se produjeron graves alteraciones al orden interno en los diversos establecimientos penitenciarios de todo el país, manifestadas en forma de desacato general a las órdenes del personal penitenciario, motines, incendios, revueltas, autolesiones y huelgas de hambre; todas formas de protesta que demostraban el descontento de los reclusos, que se sentían discriminados al no ser alcanzados por los indultos y amnistías dictados por el gobierno de transición para las personas detenidas por delitos políticos cometidos contra el régimen franquista. Asimismo la molestia de la población carcelaria se veía agravada por la situación de abandono edilicio en la que se encontraban numerosas prisiones y por el escaso reconocimiento a los derechos fundamentales que caracterizaba al sistema peniten-

en ese período de la personalidad del recluso.

ciario de la dictadura. Este panorama generó que las autoridades prestaran mayor atención a los reclamos y reivindicaciones que efectuaban las personas privadas de su libertad; lo cual se tradujo en una serie de órdenes circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y en la mencionada reforma de 1977 del reglamento vigente, que tuvieron como finalidad hacer efectivos distintos derechos y garantías y mejorar la situación general de los detenidos.¹⁰

Al mismo tiempo que se discutía y posteriormente se sancionaba la nueva Constitución, la cual receptó los derechos de las personas detenidas de una forma singular, innovadora y casi sin parangón en el ámbito comparado¹¹; destacando su originalidad en lo relativo a la expresa reseña a la pervivencia de los derechos de los detenidos en el ámbito carcelario, cuestión que suele ser objeto de la específica normativa penitenciaria (infraconstitucional) y en la mayoría de las ocasiones formuladas no de forma general sino específica en determinadas cuestiones relacionadas al encierro; sur-

¹⁰ Cuestiones como la concesión de permisos de salida, la mayor flexibilidad de la comunicaciones y visitas que recibían los reclusos, la supresión de la censura para libros, periódicos y revistas de libre circulación, la implementación de un sistema de cogestión en lo relativo a algunos aspectos como atinente a la recreación, limpieza y alimentación, la despenalización de las huelgas de hambres y autolesiones, fueron algunas de las numeras modificaciones que produjo la administración penitenciaria a fin de descongestionar el mal clima que imperaba en las cárceles. Fueron 13 las circulares que se ocuparan de estos asuntos, las cuales se sucedieron entre el 13 de octubre de 1977 al 29 de diciembre de 1978.

El art. 25.2 de la Constitución española señala: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo [Capítulo Segundo, Derechos y libertades], a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad". Para una profundización de la cuestión penitenciaria en el ámbito constitucional español véase la obra de Fernando Reviriego Picón, Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional, Editorial Universitas, Madrid, 2008.

gía la necesidad de, adaptar el sistema normativo penitenciario tanto a los movimientos reformistas más modernos como al espíritu democrático de los nuevos tiempos que corrían y de apaciguar la atmósfera conflictiva que reinaba en las prisiones. En pos de estos fines se encomendó al catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares y Director General de Instituciones Penitenciarias¹² Carlos García Valdés la conducción de un grupo de trabajo, integrado por prestigiosos juristas¹³, que realizara el anteproyecto de la que sería la primera ley penitenciaria desde 1849¹⁴.

Resulta ilustrativo del clima de exaltación que se vivía dentro de las cárceles, que era a veces avivado por las facciones políticas más radicalizadas, la anécdota que relata García Valdés:

"El ambiente no era propicio para emprender una reforma serena y tranquila. Los motines se habían sucedido en nuestras prisiones y el deseo de que las dos amnistías concedidas por el gobierno para los reclusos por motivos políticos, que alcanzó a muchos terroristas, por ese generoso prurito de 'empezar de nuevo', se extendiera a los condenados por hechos criminales comunes fue una de las causas determinantes de los múltiples conflictos. Recuerdo, a este respecto, la frase, directamente dirigida a los presos, de algún miembro de las Comisiones parlamentarias oficiales, a quienes permití las visitas a los centros, plena de irresponsabilidad, referida a que 'hay que quemar todo para que podáis salir' o la que me dijeron los presos de Málaga, pensando en la amnistía o en las revueltas violentas: 'Nosotros saldremos a la calle o al cementerio' y mi frase contundente: 'Yo me ocuparé que no vayan ni a un sitio ni a otro"15.

Desde el 30 de marzo de 1978 al 11 de octubre de 1979, sucediendo a Jesús Haddad Blanco quien falleció víctima de un atentado terrorista.

¹³ Como Bueno Arús, Alarcón Bravo, Garrido Guzmán y Serrano Gómez.

¹⁴ Ley de Prisiones del 26 de julio de 1849 que tuvo vigencia hasta el 21 de octubre de 1869.

^{15 &}quot;La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General

A pesar de ello, producto de un proyecto de ley elaborado por juristas con gran solvencia técnica y con el consenso político necesario de todas las fuerzas con representación en ambas Cámaras de las Cortes Generales, en septiembre de 1979 se aprobó por unanimidad la Ley Orgánica General Penitenciaria; que puso fin a la dispersión normativa de las fuentes, superando así diversos preceptos sustantivos contenidos en decretos, órdenes ministeriales y circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, además de proporcionar seguridad jurídica y establecer como referencia ineludible la voluntad del legislador.

En su exposición de motivos los redactores¹⁶ sostuvieron que la disposición comprendía las normas fundamentales relativas al estatuto jurídico del interno, las funciones y cometidos de la administración penitenciaria y la competencia de los nóveles jueces de vigilancia, teniendo en cuenta para ello junto a las modernas conclusiones de la ciencia penitenciaria, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos elaboradas por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, los pactos internacionales de derechos humanos y las leyes penitenciarias de los países más avanzados -Alemania, Italia y Suecia-. En el mismo texto se defiende la finalidad resocializadora de la pena, como guía esencial del régimen y tratamiento penitenciario, asegurando que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad. Asimismo sostiene que la sanción privativa de libertad se debe concebir como tratamiento, es decir, como actividad dirigida a la reeducación y reinserción social de los penados, mediante una utilización adecuada de los métodos científicos. Con ello se busca un programa resocializador de mínima, esto es, no busca imponer una modificación de

Penitenciaria", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LXVIII, 2015, pág. 72 y 73, disponible en www.boe.es.

¹⁶ Para ahondar en el proceso de creación de la actual ley penitenciaria española desde la perspectiva de los propios autores, véase García Valdés, Carlos, op. cit., pág. 63 a 78.

la personalidad del sujeto, sino en una puesta a disposición del mismo de los elementos necesarios para ayudarle a vivir plenamente en libertad. Concluye la exposición de motivos con una advertencia: "esta ley constituye, pues, sólo un primer paso en la normalización de la situación penal y penitenciaria de nuestro país y la implantación de un sistema de ejecución de pena y medidas de seguridad más justo y humano, en el marco de un Estado democrático de derecho. Y también constituye, al mismo tiempo, una llamada de atención a la conciencia de la sociedad española, sin cuya participación y colaboración activa y convencida, el problema de las prisiones carecerá de solución definitiva".

En lo que respecta a la progresividad¹⁷ del cumplimiento de la pena de prisión, no presentó grandes diferencias a lo normado por el anterior reglamento, incorporando el sistema tratamental de individualización científica; el régimen consta de cuatro grados, el último de los cuales es la libertad condicional, a los que corresponden respectivamente determinados regímenes de vida (cerrado en el primer grado, ordinario en el segundo, abierto en el tercero y libertad condicionada en el cuarto).

A modo de síntesis la ley perseguía los siguientes objetivos: 1) consolidar la reinserción social como finalidad de la prisión a través de un tratamiento voluntario; 2) racionalizar las sanciones creando mecanismos jurídicos de defensa de los internos; 3) establecer un control judicial en la ejecución de la pena de prisión; 4) equiparar la educación y el trabajo de los detenidos al de los ciudadanos libre; 5) fomentar y ampliar las relaciones con el exterior y 6) mejorar la red de establecimientos carcelarios y la formación y preparación del personal penitenciario.

En lo atinente a la ley penitenciaria argentina¹⁸, el primer antecedente en la configuración del sistema de ejecución de la pena na-

¹⁷ Cfr. Fernández Bermejo, Daniel, "El sistema de ejecución de condenas en España: el sistema de individualización científica" en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV, 2015, pág. 125 a 187, Universidad de Santiago de Compostela.

Aquí se seguirá en líneas generales el desarrollo establecido por Cesano, José Daniel, Aproximación al encuadramiento ideológico de la legislación penitenciaria nacional: una perspectiva histórica, 2014, publicado en horizontesyc.com.ar

cional lo constituyó la Ley 11833 denominada de Organización Carcelaria y Régimen de la Pena¹⁹. La norma, de autoría del penitenciarista y por entonces encargado de la Dirección de Inspección de Cárceles de los Territorios Nacionales Juan José O'Connor, tuvo una clara influencia de las ideas provenientes del positivismo criminológico italiano, las cuales ya se encontraban presentes en el país desde finales del siglo XIX y comienzos del XX. Con un breve articulado, las medidas más importantes fueron: la creación de la Dirección General de Institutos Penales -antecesora del actual Servicio Penitenciario Federal- y del Instituto de Clasificación²⁰ bajo la órbita de esta última, siendo el encargado de estudiar la personalidad de los penados y su grado de readaptación social; también como nota distintiva se destaca la implementación de un régimen progresivo de la pena dividido en cinco grados²¹, siendo el último de ellos el de la libertad vigilada o condicional.

Esta ley fue reglamentada catorce años después, mediante el Decreto 35758 del 14 de noviembre de 1947, durante el gobierno de Juan Domingo Perón. Dicha reglamentación desde lo ideológico significó una continuidad de las doctrinas positivistas plasmadas por la ley. Asimismo es dable destacar que en el mismo año que se sancionaba esta regulación asumía la Dirección General de Institutos Penales, Roberto Pettinato, quien desempeñaría ese cargo hasta la caída del peronismo y el advenimiento de la Revolución Libertadora en 1955. Pettinato, ayudado por el mencionado reglamento, emprendió una importante reforma al sistema carcelario argentino, humanizándolo con medidas que tendían al mejora-

¹⁹ Sancionada por el Congreso de la Nación el 30 de septiembre de 1933 y publicada en el Boletín Oficial Nº 11809 del 13 de octubre del mismo año.

²⁰ Que resultó ser el sucesor del famoso Instituto de Criminología formado en 1907 por José Ingenieros y que funcionaba en el ámbito de la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires.

²¹ 1- Un grado A, de observación; 2- un grado B, de reclusión, durante el cual el condenado trabajaba en el interior del establecimiento; 3- un grado C, de orientación, de una colonia penal o cárcel industrial, en el cual el condenado podía ser empleado en trabajos en el exterior; 4- un grado D, de prueba, en campos de semilibertad dentro de colonias y granjas penales y; 5- un grado E, de reintegración, en libertad vigilada, sometido al cuidado del Patronato de Excarcelados y Liberados.

miento de las condiciones de detención de los internos²² y al fortalecimiento de relación de éstos con su núcleo familiar en libertad²³. Posteriormente en el año 1956 el Poder Ejecutivo Nacional, bajo la administración de facto de Pedro Eugenio Aramburu, dispuso que se propusieran modificaciones a la Ley 11833; creándose para ello un grupo de trabajo con la finalidad de redactar un proyecto²⁴. Una vez elaborado, fue elevado al presidente provisional, quien en base a ello sancionó el decreto-ley 412/58, que luego fue ratificado por el Congreso de la Nación mediante la Ley 1446725 del mismo año. Como señala Cesano, este nuevo instrumento legal, pese a haberse creado durante un gobierno militar, "se caracterizó por sus claros esfuerzos destinados a diseñar un modelo que resultase compatible con las, por entonces, muy recientes orientaciones de política penitenciaria contenidas en el conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos". Esta alineación a aquellas directivas, no sólo se explicitó en el mensaje dado por el presidente provisional de la Nación al momento de sancionar el decreto-ley26 sino que se percibe plasmado en el propio texto legal, se debió más al perfil intelectual de algunos de los autores del anteproyecto -principalmente

²² Entre otras medidas se estipuló la creación de establecimiento especiales para reclusos con problemas de salud y valetudinarios, la preparación técnica de los internos en diversos oficios y artesanías, el resguardo del derecho al ejercicio de la sexualidad de los detenidos casados, a través de las visitas íntimas y la eliminación del sistema que denominaba a los internos con números.

²³ Se propendió a la atención material y moral de las familias de quienes se encontraban privados de su libertad.

²⁴ Mediante Decreto 20435 del 9 de noviembre de 1956 se dispuso que el Ministerio de Educación y Justicia creara dicho grupo, el cual fue conformado por Juan Carlos Pizarro, Juan Carlos García Basalo, Luis M. Fernández, Alberto J. Elena y Francisco Grosso Soto.

 $^{^{25}}$ El decreto-ley fue publicado en el Boletín Oficial Nº 18571 del 24 de enero de 1958 y la ley el 29 de septiembre de ese mismo año en el Boletín Oficial N $^{\circ}$ 18751.

²⁶ "(...) el mencionado proyecto de ley penitenciara, tomando en cuenta las condiciones y posibilidades del país, se inspira en el propósito de promover la readaptación social del condenado, de conformidad a las modernas orientaciones de la criminología y a los principios contenidos en el Conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (...)".

el Inspector General de Institutos Penales de la Nación Juan Carlos García Basalo- que al influjo del régimen político dictatorial del momento. Ello se advierte claramente al repararse que García Basalo junto con Pettinato fueron los representantes argentinos en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en la ciudad de Ginebra en 1955 y en el cual se redactó las aludidas Reglas Mínimas; incluso el primero de los mencionados participó activamente²⁷ en el Segundo Congreso llevado a cabo, en el año 1960, en Londres, en calidad de miembro del Comité Consultivo sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente.

El decreto-ley compuesto de dieciséis capítulos, delinea, en su estructura normativa, la base de la actual ley penitenciaria²⁸. Sienta como principio de la ejecución de las penas privativas de libertad la readaptación social del condenado, el principio de dignidad del interno y el de la obligatoriedad del tratamiento penitenciario. En lo atinente a la progresividad del régimen, reducía a tres los períodos por los que debía transitar el penado, determinando su denominación y contenido de forma similar a como lo hace la norma vigente.

Previo a pasar al próximo estadio de la legislación penitenciaria nacional no podemos dejar de soslayar la escalada de violencia política-social en la que se vio inmersa la sociedad argentina, que se extendió desde la década de los sesenta hasta mediados de los años ochenta, caracterizado por la instauración de gobiernos de facto con características del terrorismo de estado. Esta etapa extremadamente conflictiva que dejó profundas secuelas poseyó en la faz político-criminal uno de sus aspectos fundamentales, al surgir y consolidarse la denominada "doctrina de la seguridad nacional" 29.

²⁷ En el marco de este congreso presentó, a solicitud de Naciones Unidas, el informe general intitulado "La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional incluida en la remuneración de los reclusos".

²⁸ Esto se aprecia incluso en que el orden de los temas contenidos en los capítulos del decreto-ley son idénticos al de la Ley 24660.

²⁹ Conforme a Zaffaroni, Raúl Eugenio, Manual de Derecho Penal. Parte General, 4ª edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1985, pág. 300, ésta consistió en un andamiaje ideológico basado en una polarización del mundo entre

Ésta si bien en el ámbito normativo penitenciario tuvo poca incidencia³⁰, sí se notó sus consecuencias en la ejecución material de las privaciones de libertad; las prisiones -junto a los centros clandestinos de detención- se convirtieron en herramientas que servían al terrorismo de estado para llevar a cabo su violenta represión a los disensos políticos existentes, eran espacios propicios para la tortura -y en su caso la muerte- de los considerados enemigos del régimen, en definitiva, las cárceles fueron terreno fértil para la violación sistemática de los derechos humanos.

Esta situación cambió con el regreso de la democracia a partir de 1983, iniciándose un período de revalorización de los derechos humanos, que en su aspecto legislativo, tuvo como resultado la incorporación al ordenamiento jurídico interno de numerosos instrumentos internacionales sobre la temática³¹; los que con la reforma constitucional de 1994 fueron elevados a la máxima jerarquía normativa, es decir, fueron constitucionalizados -en los términos del art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema-. Este trascendente cambio provocó, que en el año 1995, la Secretaría de Política Penitenciaria y Readaptación Social, dependiente del Ministerio de Justicia, redacte un documento denominado "Plan Director de la Política Pe-

el comunismo y quienes no adherían a sus postulados, que tomó partido por esta última posición y que provocó una militarización de toda la sociedad, con un derecho penal en el que el bien jurídico preponderante era la "seguridad nacional", generando -en pos de proteger ese bien- una serie mecanismos violatorios de principios y garantías penales fundamentales. ³⁰ Cesano sostiene que durante el predominio de esta doctrina se observaron los siguientes cambios: en el decreto-ley 412/58, a través de la ley 21.662, se incorporó un artículo que estipulaba que el destino del monto de las penas de multa impuestas serían a favor del Patronato; mediante la ley 22.156 que agregó otro requisito para obtener la libertad condicional (art. 13 del Código Penal) en los condenados por delitos con "finalidad o motivación subversiva"; y por último, a través de distintas leyes, se produjo una progresiva militarización -que terminó siendo completa- del Servicio Penitenciario Federal.

³¹ Entre ellos se destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

nitenciaria Nacional"³², en el que, entre otras cuestiones y luego de analizar el sistema carcelario de entonces, plasmó la necesidad de reformar el decreto-ley 412/58 vigente en ese momento. La Subsecretaría del mencionado organismo se encargó de redactar el proyecto de ley, que posteriormente fue elevado para su consideración al Congreso Nacional; el cual lo sancionó -con algunas modificaciones- el 19 de junio de 1996.

En la exposición de motivos que acompañó el Poder Ejecutivo el proyecto de ley se deja en claro que el motivo de esta actualización legislativa se debía al nuevo panorama constitucional. Así señala: "El texto propiciado recoge los preceptos constitucionales en la materia, los contenidos en los tratados y pactos internacionales, y las recomendaciones de congresos nacionales e internaciones, particularmente las emanadas de los realizados por las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, la legislación comparada más avanzada y diversos anteproyectos nacionales". Asimismo se indicaba que se buscaba respetar la esencia de la ley penitenciaria vigente hasta ese momento, no cambiando su estructura legislativa; precisaba "incorporar a su texto lo ya vigente en otras normas legales; actualizar algunos de sus conceptos y adecuar sus previsiones a la luz de los 37 años de experiencia recogida en su aplicación, considerando los cambios operados en la sociedad, en las instituciones y en la caracterización de todos los participantes del conflicto penal".

Entre las diferencias más importantes respecto al decreto-ley 412/58 se pueden mencionar: la profundización de algunos principios y cristalización de otros no contemplados anteriormente. Entre los primeros se encuentran el principio de igualdad (aplicación de las normas sin distingo o discriminación que no se base exclusivamente en el tratamiento individualizado), el de dignidad del interno (ampliando a distintos ámbitos y momentos de la vida penitenciaria su protección³³) y el de no marginación (entre otras medidas el for-

 $^{^{32}}$ En el que tuvo una participación preponderante Julio Aparicio a cargo de la Subsecretaría y que fue aprobado mediante el Decreto 426/95, publicado en el Boletín Oficial N $^{\circ}$ 28117 del 4 de abril de 1995.

³³ Como por ejemplo al momento de las requisas, de la imposición de sanciones o al ejercer su libertad sexual.

talecimiento de las comunicaciones con el exterior y los vínculos sociales y creación de nuevos institutos morigeradores del encierro³⁴). Por otro lado los principios incorporados en la nueva ley son: a) el de democratización, al estipular que el tratamiento penitenciario, a excepción de las normas de convivencia, la disciplina y el trabajo, es voluntario y no puede ser impuesto coactivamente; b) el de reserva, al establecer que los penados pueden ejercer todos los derechos no afectados por la condena, la ley o las reglamentaciones y; c) el de control judicial permanente, al intensificar la participación jurisdiccional en la etapa ejecución de la pena a fin de tutelar los derechos de los condenados y velar por el estricto cumplimiento de la normativa penitenciaria. En lo que respecta a la progresividad de la pena, como ya se dijo, su sistema -estructuralmente- es parecido al de la anterior norma, con el agregado de un cuarto período, el de la libertad condicional. Asimismo otra novedad en esta nueva ley es la posibilidad de aplicar sus previsiones a los detenidos cautelarmente -procesados- siempre y cuando no se viole la presunción de inocencia de la que goza y resulte más favorable para resguardar su personalidad.

A modo de análisis comparativo de los antecedentes y génesis de las leyes penitenciarias en estudio podemos decir que ambos son la fase final de un proceso reformista y no rupturista; en el sentido de que, desde la observación de su devenir histórico, son producto de un refinamiento y evolución progresiva y gradual de la normativa de ejecución penal y sin que suceda un cambio brusco de la estructura legal del sistema penitenciario de cada país. Quizás el aspecto más innovador en ambas legislaciones fue la previsión de una mayor intervención jurisdiccional (en el caso español inclusive con la creación de una magistratura especializada) permitiendo la apertura de las prisiones -históricamente refractarias- al control externo³⁵.

 $^{^{34}\,}$ Entre ellos la semilibertad, la prisión discontinua, la semidetención y la libertad asistida.

³⁵ Escapa de esta investigación verificar si los órganos judiciales cumplieron con ese rol de contralor o si por el contrario fueron meros legitimadores del accionar penitenciario.

Asimismo resulta necesario resaltar que la ley general penitenciaria española fue tenida en cuenta al momento de la elaboración de la actual norma argentina, ya que si bien no fue mencionada expresamente en la exposición de motivos, de la lectura de algunos de los artículos incorporados se advierte la influencia hispana, por ejemplo, el art. 105 relativo a las recompensas está redactado de forma idéntica a la de su par español que lo regula en el art. 46.

Por otro lado, si bien desde un somero examen podría llegarse a la conclusión de que las dos normas fueron sancionadas como consecuencia de un importante cambio en el ordenamiento constitucional -en España después instauración de la Constitución de 1978 y en Argentina a continuación de la importante reforma de 1994- si se afina la indagación se notarán algunas diferencias; en el caso español el proyecto de la ley orgánica penitenciaria fue ingresado para su estudio en la Cortes Generales tres meses antes de que la Ley Suprema se aprobara y por lo que a pesar de que en la exposición de la norma penitenciaria se explicitara que se tuvo en cuenta para su redacción el anteproyecto de la Constitución, éste contenía una regulación mucho más escueta y pobre referida a la pena privativa de libertad que la que finalmente terminó teniendo en la Constitución sancionada. Esto nos lleva, según nuestro parecer, a sostener que la ley penitenciaria española no fue un intento de adaptar el sistema de ejecución penal a la nueva Constitución sino más bien fue fruto de la etapa de transición política que se estaba viviendo, en la que como se vio, había una clima caldeado y hostil entre la población carcelaria que debía ser sosegado con urgencia³⁶. En cambio el caso argentino sí respondió a la necesidad de adecuar la legislación penitenciaria al contenido del nuevo bloque de constitucional que se introdujo con la última reforma. Por último es dable destacar que ambas normas fueron sancionadas con un amplio consenso de las fuerzas políticas que componían en ese momento los respectivos órganos legislativos, por lo que puede afirmarse que su contenido e implementación no fue resistido por ningún sector político-partidario.

³⁶ Adámez Castro, Rocío, "Formación y evolución del Derecho Penitenciario Moderno" en Revista de Estudios Penitenciarios, Nº 258, 2015, pág. 49 a 86, disponible en www.interior.gob.es, desarrolla minuciosamente el proceso de formación de la actual ley española -y sus antecedentes inmediatos-.

Reformas a las leyes penitenciarias

En relación a las modificaciones sufridas por las normas analizadas, en lo que respecta a la española, ésta ha tenido cuatro reformas. La primera de ellas producida mediante la Ley Orgánica 13/1995³⁷ afrontó la problemática de las mujeres embarazadas y con niños de corta edad privadas de su libertad; con el fin de evitar graves disfuncionalidades en el desarrollo emocional y psicológicos de los niños en prisiones redujo la edad permitida para permanecer junto a sus madres encerradas -de los seis años antiguamente se pasó a "los que no hayan alcanzado los tres años de edad"-; asimismo se amplió la cantidad de semanas que se exceptúa de trabajar a las mujeres embarazadas³⁸ y se instituyó un régimen especial de visitas para los niños menores de diez años que no convivan con sus madres presas con la característica principal de no tener ningún tipo de restricción en lo que respecta a la frecuencia e intimidad de la visita.

Luego de ello la norma penitenciaria española volvió a ser modificada mediante tres leyes orgánicas del año 2003³⁹. La primera abordó la creación de la figura del Juez Central de Vigilancia Penitenciaria con el fin de que actúe en el ámbito de la ejecución de las condenas impuestas por la Audiencia Nacional -órgano jurisdiccional abocado a la investigación y juzgamiento de determinados delitos complejos- y que en la ley penitenciaria sólo incorporó una previsión de carácter meramente procesal. La segunda norma reformatoria se refirió a la cuestión de la educación universitaria de los detenidos, estipulando que la administración debía establecer convenios con universidades públicas -preferentemente de educación a distancia- a fin de asegurar su acceso en condiciones de igual-

 $^{^{37}}$ Del 18 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado N $^{\circ}$ 302 del 19 del mismo mes y año.

³⁸ 16 semanas ininterrumpidas (ampliable a 18 por parto múltiple) distribuible a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

³⁹ Las número 5, 6 y 7 del 27 de mayo la primera -publicada en el Boletín Oficial del Estado Nº 127 del 28 del mismo mes- y del 30 de junio las restantes -dadas a conocer en el Boletín Nº 156 del 1 de julio del 2003-.

dad para todos los internos, con la calidad y rigor inherentes a este tipo de estudio. Si bien en la exposición de motivos no se alude explícitamente a la razón que llevó a formular este agregado en la ley de ejecución penal; el fundamento fue la aparente situación de privilegio en la que se encontraban los prisioneros pertenecientes al grupo terrorista ETA que cursaban mayormente carreras en la Universidad del País Vasco, y obtenían -en comparación del resto del estudiantado- notas desproporcionadamente altas y visitas más frecuentes de los profesores de esa alta casa de estudios; se buscó así ejercer un mayor control sobre las actividades educativas realizadas por los internos etarras⁴⁰.

La última ley orgánica modificatoria de la norma penitenciaria fue la 7/2003 -sancionada el mismo día que la comentada precedentemente- denominada "Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", generó un endurecimiento penológico general, y especialmente estricto en los delitos de terrorismo y los cometidos por organizaciones criminales. Esta ley incorporó en el Código Penal español cuestiones estrictamente penitenciarias, como lo fue la implementación de un requisito previo para la incorporación al tercer grado del régimen progresivo, esto es, transitar -los condenados a penas de más de cinco años- un período de seguridad, el cual se supera con el cumplimiento efectivo de un determinado porcentaje de dicha pena; si bien podía exceptuarse judicialmente de esta exigencia a los internos, era de carácter obligatorio a los condenados por delitos de terrorismo o los cometidos en el seno de organizaciones criminales. Asimismo se añadió en la ley de ejecución penal otras dos condiciones para avanzar al tercer grado, que fueron: la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito -especialmente los que causan un gran perjuicio económico- y para los miembros de agrupaciones

⁴⁰ Puede verse una muestra del tratamiento dado por la prensa gráfica al tema en las siguientes notas periodísticas: 1) elpais.com/d iario/200 3/05/03/espana/1 0519128 04_850215.html; 2) www.lavozd egalicia.e s/noticia/esp ana/2003/05/2 9/presos-et a-podran-estu diar-univers idadvasca-pr oximo-ano/00 0 3_171251 8 .htm y 3) www.libe rtaddigital.c om/naciona l/los-presos-de- eta-ya-no-po dran-matricu larse-e n-la-univers idad-publica-del -pais-vasco-1 27620 7108/.

terroristas, además de lo mencionado, la muestra de signos inequívocos de haber abandonado esta actividad y de colaboración activa con las autoridades en la lucha contra el terrorismo⁴¹; requisitos, estos dos últimos, que también fueron agregados para la obtención de la libertad condicional.

Posteriormente en los años 2010 y 2015 hubo importantes reformas al Código Penal que, sin modificar la ley general penitenciaria, trastocaron el sistema de ejecución de las penas privativas de la libertad. La primera de ellas⁴² incorporó nuevos institutos como el de la localización permanente y la libertad vigilada y amplió el catálogo de delitos⁴³ por los cuales se debe pasar obligatoriamente por el período de seguridad para acceder al tercer grado del sistema progresivo de la pena. Las modificaciones del año 2015⁴⁴, entre sus numerosos cambios, insertó la prisión permanente revisable y alteró la regulación de la libertad condicional, pasándola a tratar como un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena, lo que tiene diversas consecuencias, entre ellas, dejar de cumplir la función de última fase del sistema progresivo de invidualización científica. Asimismo con la creación del estatuto de la víctima del delito se incorporó al damnificado en la etapa de la ejecución de la pena como una parte más del proceso.

Del lado argentino también contamos con diversas leyes que transformaron el sistema de ejecución penal instaurado por la Ley 24660. La primera en hacerlo fue la Ley 2594845 que formó parte

⁴¹ Lo que se puede acreditar mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista.

 $^{^{42}}$ Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio, publicada en el Boletín Oficial del Estado N $^{
m o}$ 152 del 23 de junio de ese año.

⁴³ Aquellos cometidos contra la libertad sexual.

 $^{^{44}}$ Leyes Orgánicas 1 y 4 (Estatuto de la víctima del delito) del 30 de marzo y 27 de abril respectivamente, publicada la primera en el Boletín Oficial del Estado Nº 77 del 31 de marzo y la segunda en el Nº 101 del 28 de abril.

⁴⁵ Sancionada el 20 de octubre del 2004, promulgada el 11 de noviembre de ese año y publicada en el Boletín Oficial Nº 30526 del 12 de noviembre del mismo año.

del conjunto de las leyes denominadas "Blumberg" e incorporó un nuevo capítulo a la ley penitenciaria, denominado "Excepciones básicas a las modalidades de la ejecución" en el que se impide a los condenados de determinados delitos (conocidos como aberrantes) acceder a los institutos de la prisión discontinua, semidetención y libertad asistida⁴⁷.

Luego se sucedieron dos leyes que efectuaron modificaciones tendentes a mejorar la situación de las personas privadas de su libertad. Así la Ley 26472⁴⁸ agregó otras causales, a las ya existentes, de procedencia de la prisión domiciliaria, extendiendo así -por razones humanitarias- los grupos de personas que en situación de especial vulnerabilidad podían acceder a ella; y la Ley 26695⁴⁹ que actualizó todo el capítulo referido a la educación intramuros, con un contenido moderno que busca proveer prioritariamente una educación integral, permanente, igualitaria y de calidad para todos los detenidos, tratando de reducir al mínimo la diferencia con la enseñanza impartida fuera de las cárceles. Para alcanzar ese objetivo también se creó un régimen -denominado estímulo educativo- que pretendió fomentar el interés de los internos por el estudio al permitirles avanzar en forma anticipada en el régimen progresivo de la ejecución de la pena, a partir de sus logros académicos.

⁴⁶ Conjunto de leyes penales que agravaron sensiblemente las penas (y la forma de su ejecución) de determinados delitos y que tuvieron como origen el reclamo (con amplia difusión mediática) de Juan Carlos Blumberg, cuyo hijo fue secuestrado y asesinado en abril del 2004.

⁴⁷ La ley 25892 del 5 de mayo del 2004 ya había restringido la obtención de la libertad condicional para los condenados de esos mismos delitos, aumentando considerablemente también el plazo que debe transcurrir para que los penados a prisión perpetua puedan requerir la aplicación de este instituto.

 $^{^{48}}$ Sancionada el 17 de diciembre del 2008, promulgada el 12 de enero del 2009 y publicada en el Boletín Oficial Nº 31576 del 20 de enero del mismo año.

 $^{^{49}}$ Sancionada el 27 de julio del 2011, promulgada el 24 de agosto de ese año y publicada en el Boletín Oficial Nº 32222 del 29 de agosto del mismo año.

Posteriormente la Ley 26813⁵⁰ atendiendo a "las tasas de reincidencia que se registran en las personas que han cometido delitos contra la integridad sexual y a la gravedad que tienen estos hechos por los daños provocados a las víctimas"51, agravó las condiciones para acceder a la libertad condicional, asistida y demás institutos morigeradores del encierro carcelario para los penados por esta clase de delitos. Se previó que los jueces de ejecución antes de tomar alguna decisión respecto a la flexibilización de la pena de estos condenados requiera informes técnicos de equipos interdisciplinarios (dependientes del propio juzgado y/o de la administración penitenciaria) que emitan su opinión al respecto; asimismo por primera vez se incorporó la intervención, en el proceso de ejecución de la pena, de la víctima, dándole la posibilidad de ser escuchada si desea hacer alguna manifestación. Con esta reforma se retoma el rumbo iniciado con las llamadas leyes "Blumberg", con una clara finalidad reductora de las posibilidades de acceso a determinados derechos por parte de condenados por ciertos delitos.

Por último la reciente Ley 27375⁵² produjo una reforma integral de la norma penitenciaria, cuya orientación ideológica es la profundización de lo iniciado por las leyes 25948 y 26813; alguna de sus medidas más importantes son: el notable incremento de la nómina de delitos⁵³ a los que los condenados por ellos se le restringe el goce de institutos flexibilizadores del clásico encierro carcelario; la regulación más detallada del régimen progresivo e incorporación de requisitos fijos para progresar en las fases del período de tratamiento y de éste al período de prueba y; darle entrada, no ya de ma-

 $^{^{50}}$ Sancionada el 28 de noviembre del 2012, promulgada el 10 de enero del 2013 y publicada en el Boletín Oficial Nº 32563 del 16 de enero del mismo año.

⁵¹ Conforme los fundamentos del proyecto de ley ingresado como Expediente Nº 0926-D-2011, trámite parlamentario 011 del 17 de marzo del 2011.

⁵² Sancionada el 5 de julio del 2017, promulgada el 27 de julio del mismo año y publicada en el Boletín Oficial Nº 33676 al día siguiente de su promulgación.

⁵³ De los cinco delitos exceptuados en la Ley 25948 se pasó a más de una veintena de figuras delictivas a las cuales se les priva la obtención de los institutos liberatorios.

nera excepcional para algunos delitos sino con carácter general, a las víctimas en el ámbito de la ejecución de la pena, garantizándoles el derecho de ser informadas de la incidencias que se susciten durante el cumplimiento de la condena, de ser escuchadas y hasta de proponer peritos de control cuando corresponda.

Como se podrá apreciar en este rápido racconto, las reformas producidas en ambas normas penitenciarias estudiadas no fueron unidireccionales; así tenemos algunas que procuraron mejorar determinados aspectos de las prisiones, como los niños que conviven con sus madres internas en el caso español, la ampliación del colectivo de personas que pueden acceder a la prisión domiciliaria o una nueva regulación de la educación en contexto de encierro en el ejemplo argentino; pero también se advierten otras modificaciones -la mayoría en su cantidad y extensión- que se ubican dentro del denominado populismo punitivo. Este fenómeno que conlleva el resurgimiento del punitivismo, trae aparejado una considerable expansión y a la vez endurecimiento de la legislación penal. Como expresa Cancio Meliá: "el recurso al derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización a la antigua usanza, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión (...). En otras palabras: procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes"54.

Este recrudecimiento punitivista tiene un efecto simbólico, ya no en el sentido que se entiende al derecho penal simbólico⁵⁵, sino por cuanto la dirigencia política utiliza las leyes penales como instrumento para que, los distintos agentes sociales vean su activismo

⁵⁴ "Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito" en Conferencias sobre temas penales, Jakobs – Cancio Meliá (directores), Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 131 y132.

⁵⁵ Definido como una marcada ampliación del ámbito de lo prohibido, a través de la creación de nuevas figuras delictivas, cumpliendo una función esencialmente retórica, figurativa.

frente al denominado problema de la inseguridad. El principal factor que incide en este fenómeno son los medios de comunicación. Éstos instalan un mensaje con la siguiente lógica: al incrementarse las formas convencionales de criminalidad violenta, aumenta en la ciudadanía la sensación de inseguridad y como respuesta, se exige del Estado el endurecimiento de las reacciones punitivas -y la forma en que éstas se deben ejecutar-, entendiendo que con ello se reducirá la producción de hechos delictivos. Esta demanda de acción estatal –en la que muchas veces cumple un rol relevante las víctimas de delitos, amplificada por los medios masivos- es traducida como presión hacia los legisladores, lo cual termina generando, la mayoría de las veces, respuestas legislativas fuertemente emocionales y efectistas que producen una intensificación punitiva⁵⁶, dando lugar a las llamadas legislaciones de emergencias.

A partir de los discursos de emergencias fomentados por los medios de comunicación, la legislación penal (en la que encuentra incluida la de ejecución penal) es objeto de permanentes reformas coyunturales que lejos de abordar la criminalidad de una manera racional y acorde a un Estado social y democrático de derecho, acrecienta la vulneración de derechos y garantías de los ciudadanos, poniendo en crisis los pilares del clásico derecho penal liberal.

Desde un análisis criminológico los investigadores españoles Antón Mellón, Rothstein Pérez y Álvarez Jiménez⁵⁷ sostienen que el populismo punitivo tiene tres componentes intrínsecos que lo caracterizan en su narrativa ideológica: la transformación del papel asignado a la cárcel de rehabilitadora a exclusivamente represora o neutralizadora, la magnificación de la importancia de la opinión de las víctimas y la politización y el uso electoral del tema de la inseguridad. Centrándonos en las dos primeras podemos decir que la

⁵⁶ Cfr. Cesano, José Daniel, La política criminal y la emergencia (entre el simbolismo y el surgimiento punitivo), editorial Mediterránea, Córdoba, 2004, pág. 51 a 53.

⁵⁷ "Populismo punitivo: Discursos que acompañan normas y políticas" en La cárcel dispar. Retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciarios, García-Borés Espí-Rivera Beiras (coordinadores), Edicions Bellaterra, Barcelona, 2016, pág. 155 a 176.

cárcel para el populismo punitivo es la única institución que puede incapacitar al delincuente como mecanismo de control social ante el incremento de las desigualdades económicas y sociales, ya que como señala Diez Ripollés: "El delincuente deja de ser un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda, sino que son vistos como seres que persiguen intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás"58. Respecto al segundo punto, el retorno de la víctima consiste en colocar el discurso de ésta y su reivindicación del castigo en primer plano. Se abandona la sumisión de los intereses de la víctima a los intereses públicos y son sus reivindicaciones las que guían el debate político-criminal, dejando en segundo o tercer plano, reflexiones más complejas y las opiniones de los expertos. Por tanto, como afirma también Diez Ripollés: "la relación entre víctima y delincuente ha entrado en un juego de suma-cero: cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios supone una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena"59.

Es en este marco que se insertan la mayoría de las reformas, de ambos países, analizadas. En el caso español la actuación violenta, en gran parte del siglo XX, de organizaciones terroristas de tendencias nacionalistas, independentistas o ideológicamente radicalizadas, con intenciones de participar activamente en el escenario político del Estado⁶⁰, provocó -por la alarma social generada- que los integrantes de estos grupos que cometían delitos con alguna de esas finalidades, sean considerados esencialmente peligrosos; por lo que se debía establecer un particular sistema penitenciario que contemple las especiales características de este tipo de criminalidad. Con ello se inaugura la cultura de la emergencia o excepcionalidad penal aplicando leyes antiterroristas que aumentaron las penas, res-

⁵⁸ "El nuevo modelo de seguridad ciudadana" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, vol. 6, pág. 1 a 34.

⁵⁹ Diez Ripollés, op. cit., pág. 29.

⁶⁰ Sumados a los actos terroristas de comienzos del siglo XXI provenientes del yihadismo perpetrados en gran parte de los países del primer mundo occidental, incluida España.

tringieron beneficios penitenciarios y limitaron derechos fundamentales. El concepto de peligrosidad con el tiempo fue mutando y se extendió a aquellos delitos cometidos en organizaciones criminales y posteriormente a los atentatorios de la libertad sexual, recayendo sobre todos ellos medidas penitenciarias que tienden más a la neutralización que a la reinserción social del penado.

En el caso argentino, a diferencia del español, este proceso de selección de figuras delictivas a las cuales se les aplica un régimen normativo penitenciario más restrictivo y severo comenzó con los denominados crímenes aberrantes, luego se amplió a los cometidos contra la integridad sexual y actualmente se incorporó a un grupo heterogéneo de delitos que no guardan relación entre ellos. A pesar de esta diferente composición delictual, las características y finalidades que orientan este proceso progresivo de inocuización de las personas privadas de su libertad es igual en los dos Estados.

Por último el realzamiento del papel de la víctima en contraposición del detraimiento de los derechos de los acusados, que se señalara como otra de las manifestaciones del populismo punitivo, también se advierte en las reformas aludidas. No sólo en el impulso, principalmente mediático, que tuvieron para el avance de los proyectos legislativos sino también en el logro de un espacio de actuación en el proceso penal; en lo que aquí nos interesa, la ejecución de la pena, en ambos países se la invistió a la víctima -progresivamente- de facultades para intervenir de manera formal en los incidentes ejecutivos que se susciten, logrando un activo protagonismo que históricamente le fue ajeno en esta etapa penal.

En conclusión y para finalizar podemos sostener que el trasfondo político criminal de la mayoría de las reformas penitenciarias de Argentina y España fue el mismo, esto es, el fenómeno del populismo punitivo, que más allá de las peculiares manifestaciones que puede adquirir en los distintos países, es una concepción que afecta en particular a los Estados de occidente y se encuentra vinculada estrechamente con concepciones político económicas neoliberales.

Entrevista a John Cartwright

José Daniel Cesano

John Cartwright es investigador y tutor (Official Student) en Derecho en Christ Church, Universidad de Oxford, desde 1982 y profesor de Derecho Contractual en ese establecimiento desde 2008. Fue profesor de Derecho entre 1982 y 2004 para pasar a ser catedrático (Reader) de Derecho Contractual entre 2004 y 2008. Además, ejerce la profesión de abogado. Entre 2007 y 2017, se desempeñó como profesor de Derecho Privado Angloestadounidense en la Universidad de Leiden y hace algunos años es professeur invité de la Universidad de París II (Panthéon-Assas). Su investigación se centra en el derecho inglés y el derecho privado comparado, particularmente el derecho contractual y el derecho de bienes. Enseña a estudiantes de grado las materias Contratos, Derecho Privado Comparado, Derecho de Bienes, Tort y Derecho Romano, así como Derecho Privado Europeo (Contratos) en las carreras BCL y MJur de Oxford. En octubre de 2015, asumió como director del Instituto de Derecho Europeo y Comparado de la facultad de Derecho de Oxford. Este Instituto brinda un espacio de investigación y enseñanza en Derecho europeo y comparado dentro de la Facultad de Derecho. Organiza seminarios y conferencias periódicamente, muchos de los cuales se han plasmado en libros de una serie publicados por Hart Publishing. Además, todos los años recibe a investigadores posdoctorales avanzados que realizan aportes a la comunidad académica a través de su trabajo. El Instituto también está a cargo de la carrera de grado de cuatro años de duración de la facultad, Derecho y Estudios de Derecho en Europa, que incluye un año de intercambio en una universidad europea mediante el programa Erasmus. Prepara a los estudiantes de Oxford para viajar al extranjero y recibe a estudiantes de otros países que aspiran a obtener el título en Derecho otorgado por la Universidad de Oxford.

[José Daniel Cesano – J.D.C.] An unusual circumstance can be observed in Argentina: during the first decades of the 20th century, and as part of reforms to curricula, law schools began to include Comparative Civil Law in their undergraduate programs. Hence,

206 José Daniel Cesano

such courses were delivered during the second half of the 20th century both at the National University of Córdoba and the National University of La Plata. However, Compared Law has lost visibility in undergraduate education. What is more, its study today is limited to certain small academic circles (e.g. Argentine Association of Compared Law, Institute of Compared Law at the National Academy of Law and Social Sciences of Córdoba, etc.). What is the situation in universities and academia in common law countries, according to you?

John Cartwright: I can only speak in any detail about law faculties in the United Kingdom, and in particular about my own faculty at the University of Oxford. But in general, I would say that we do not have a strong tradition of the independent study of Comparative Law within the common law faculties – although we have to be clear what we mean in this context by speaking of Comparative Law.

In one sense, English lawyers – and therefore our law students as well as practitioners - are regularly engaged in comparative law across the common law systems - such as Australia, Canada and the US. This is not taught as an independent subject, and it is not called "comparative common law" within our syllabus - and it does not raise the same difficulties that comparative lawyers would generally identify, such as the need to develop the comparative law techniques that are called for in comparing the law of different systems within different legal traditions (or "families" if we want to use that model), or the need to use sources in foreign languages. But from the beginning of their course our students are trained to consider how other common law systems have developed existing doctrines, or have developed new doctrines, as those systems have gradually diverged from their original common law rules, inherited from the English common law. A brief study of the textbooks used in the other common law jurisdictions shows a similar concern to study not just the national law but also the other common law systems (and very often, of course, English law as the original common law system from which they have developed). The developments outside England are taught in order to help our students to reflect on their own system, as well as to see how English law might develop – one of the main purposes (in my view) of the study of comparative law, but clearly this is a more limited use of comparison than would be involved in a broader study across civil law jurisdictions, as well as the common law.

I expect, though, that by your question you are really asking about the teaching of Comparative Law as an independent subject. That is more limited, but has changed over time.

One form of comparative law that I ought just to mention is the teaching of Roman law. Most law faculties in England do not teach Roman law, except sometimes as an optional course. In Oxford and Cambridge, however, there is a strong historical tradition in Roman law, and we still teach it as a compulsory first-year course, to introduce students to the structures and concepts of private law. At that stage, it cannot be truly comparative law, and it is not advertised as such: the students learn core concepts in relation to legal sources, property law, and the law of obligations, through studying the institutional Roman scheme – which then enables them to compare their own system in English law when they later study the English law of property and obligations. But it is designed to introduce students from the first year of their course to looking at how other systems work.

Our main courses on Comparative Law, however, are optional for our students; and the range of comparative courses is much wider in our Master's programmes than in our core undergraduate courses. In Oxford, for example, we have for many years had an optional final-year undergraduate course in Comparative Law: it used to be a very specific course in comparative English/French contract law, but in recent years we have changed it to be a broader comparative introduction to private law (now covering aspects of the law of obligations and property, and in English, French and German law). This broader subject is more attractive for a wider range of our students, but it has led to us having to teach the course using only materials in English, or translated into English (when we taught the more specific course on French contract law, we expected the students to read materials in French). This, I think, is one of the main challenges for the study of comparative law across civil law

208 José Daniel Cesano

and common law systems – if we cannot use the original sources (in the original language) the level of study is inevitably limited. But – although it is an optional course – we have a steady number of students who choose it, often including those who do have foreign languages (so they can also read foreign language materials) and those who have spent a year as exchange students in one of our partner faculties in Europe where they have already discovered another system's approach to the law.

In the last twenty years, however, we have also increased considerably the range of comparative law subjects that we teach in our Master's courses. This is true across the English law faculties, but in Oxford, for example, our one-year taught Master's programmes (available to graduate law students from a common law or a civil law background) now include courses on Comparative Contract Law in Europe; Comparative and Global Environmental Law; Comparative Corporate Law, Comparative Equality Law, Comparative Human Rights and Comparative Public Law. Our student body at the graduate level is very international; and very often they bring to these courses their own legal experience in a different jurisdiction, which enriches the comparative discussion. In my own classes in comparative contract law, for example, I have regularly had students from different Latin American countries who bring a very valuable perspective to the discussion, even though the core material for study in the course is the law of the European civil law jurisdictions.

[JDC] What is the role played by the Institute of European and Comparative Law, of which you are the Director, in the development of European comparative studies?

John Cartwright: The first thing that I should make clear is the name of the Institute: it is the Institute of European and Comparative Law – that is, the Institute of European Law and of Comparative Law. So part of our mission is to facilitate research and teaching in the law of the European Union – that is not my own field, but is led within the Institute by one of my colleagues, the Professor of European Law (Professor Stephen Weatherill), who is a Deputy Director of the Institute. The teaching of comparative law in Oxford is led

by the Professor of Comparative Law, Professor Birke Häcker, who is also a Deputy Director of the Institute: in fact, she will be taking over from me for a period as Director when I finish my own term as Director later this year. But the mission of the Institute in relation to comparative law is not limited to European comparative law: it is comparative law in general. I have to admit that in practice much of our focus, since the Institute was created over twenty years ago, has been in comparative law within Europe, and more particularly comparative European private law. This is because for most of the time the Directors and many of the team within the Institute have been specialists in European private law. But we are not limited in this way – and within the Oxford Faculty (and beyond) we hold ourselves out as furthering the study of comparative law more generally.

One way in which we do this is through sponsoring research projects, conferences and publications - including our own series of books, the Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law (Hart Publishing/ Bloomsbury). To illustrate this: a recent long-term project which has furthered the study of European comparative law has been the reform of the French law of obligations, for which we held comparative workshops at the outset of the current reform process, and more recently in relation to the reform in 2016 of French contract law and the latest proposals for the reform of tort law, and we have produced two volumes so far (a third will follow next year). We also sometimes host researchers working on specific projects - for example, Dr Esther van Schagen held a Newton International Fellowship within the Institute for two years undertaking research into how impact assessments can improve EU contract law, including two workshops the results of which are to be published. In such projects our workshops are designed to bring together a number of key people who are working in the area, including specialists from other jurisdictions in Europe (and, often, beyond).

[JDC] In your opinion, is comparative law scientifically autonomous or would you consider it lacks an epistemological status of its own and should be thought of as an analysis method legal scholars resort to in the study of law?

210 José Daniel Cesano

John Cartwright: My own view is that, whilst there is a place for the study of comparative law in itself, it cannot really be taught or used except in some particular context. We study, or research into, the comparative law of something - private law, public law, environmental law, corporate law, etc. Those working in different (comparative) fields can learn from each other - and need to talk to each other to discover what challenges they each face, and therefore to learn from each other's experience. A common difficulty, for example, is in the use of sources from other jurisdictions: the need to understand the context of the sources, and how to use them within a coherent comparative methodology. And at a rather basic level there are different ways in which comparative law can be used within a research project, using different methodologies of comparison depending on the purpose of the comparison. But I have always found that the key is to take such an understanding and apply it to one's own area. This is a challenge that we face with our Institute: we are a focus within the Oxford Faculty for research and teaching in comparative law, and I have held discussion workshops for Faculty members working in different fields about how they can use comparative law, but this becomes most useful when we get down to a deeper level of detail of the individual researcher's own work. There are general lessons to be learnt about comparative law methods and techniques; but they need to be developed for individual researchers in light of the particular scope of their research.

[JDC] What are the functions currently assigned to comparative law? In particular, do you think it plays a significant role in the design of legislative and State policies?

John Cartwright: Yes, I do see a significant role for comparative law at the national, continental and transnational level, including by legislators (or quasi-legislators).

The use of comparative law by national legislators depends on the way in which the legislator works. In the UK, we have Law Commissions for England and Wales, and for Scotland, which are independent statutory bodies whose task includes conducting research and consultations on potential law reform projects. Some law reform, and some formulation of legislative policy, results from the research and reports of the Law Commissions – and it is very common for the Commissions to include comparative law research as part of their work.

At the continental level, there has also been some very significant use of comparative law in a number of fields, perhaps most obviously (and within my own specialist area) in contract law. The projects of potential harmonization of contract law in Europe over the last twenty five years have resulted in a wealth of comparative material across European jurisdictions (including the common law jurisdictions within Europe) - and even though the harmonization project was eventually not pursued, it resulted in models (in particular, the Principles of European Contract Law, and the Draft Common Frame of Reference) which are already being used by national legislators to inform their own policies. The reform of French contract law in 2016, for example, drew extensively on the European harmonization project for inspiration, not to copy it but to learn from the (comparative) experience within Europe.

This example also shows how the influence of comparative research projects can also extend beyond continental borders. Some of the discussion of possible reform or harmonization of contract law in Latin America is a direct consequence of the European experience. And this use of comparative law is not entirely new: such techniques lie behind the development of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in 1980; and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (since its first edition in 1994).

[JDC]: It can be said there is a certain consensus around the claim that the analysis of comparative law calls for an interdisciplinary approach. If you agree with this claim, in what aspects can Anthropology enrich the views of comparativists?

John Cartwright: This is not my field, I'm afraid. I can see value in the argument based on interdisciplinarity, but I have no experience of the use of Anthropology. In Oxford, our legal anthropologists would normally be based in our Centre for Socio-Legal Research.

212 José Daniel Cesano

[JDC] Comparative law takes a synchronic look at legislations or institutions from different legal systems. However, it is argued that, when comparative research fails to consider the historical background that differentiates the systems under study, it loses complexity. In your view, what are the main contributions legal history has to offer to comparativism?

John Cartwright: Legal history is crucial, in my view. We cannot fully understand any contemporary legal system without understanding where it has come from and how it is (still) developing. So, to take a simple example, the comparative study of English and French real estate law must take into account the historical (feudal) origins of English land law, and the impact of Revolutionary policies on property rights as they are reflected in the French civil code – as well as the way in which modern society within each system has developed and continues to re-think the law in light of their history. And in any (comparative) study of a codified system, we cannot take the Code as a static thing: the language of the Code reflects a policy at the time of its drafting, but we have to understand what has happened since the enactment of the Code in order even to understand the contemporary law - but that immediately gives us a developing, historical perspective on the legal system that must be taken into account.

[JDC] Quite often, the Argentine Supreme Court of Justice provides arguments in its decisions based on constitutional case law from other supranational courts (e.g. Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights). This is quite common among Latin American constitutional courts. Resorting to such arguments, in a way, can lead to a process of migration of constitutional ideas from different legal systems. Remarkably, in more than a few cases, these argumentations reveal that legal agents have done no prior research as to the compatibility between the cited foreign precedent and their own constitutional text under examination. What do you think about these issues? Does this situation occur in judicial courts in common law countries as well?

John Cartwright: No doubt some form of what you describe happens everywhere. I can think of examples where English judges - even in our highest courts - have made statements about the law in other systems, which are not really on point or are even (frankly) wrong. But the examples which I have in mind are not those in which the judges have then based their decisions - and therefore a development of the law - on a partial understanding (or even a misunderstanding) of the law elsewhere. Over the years there has been significant borrowing of ideas and even of particular rules from other legal systems - indeed, we can trace some of the core developments of our modern English law of contract to the reception of ideas and rules from the civil law during the mid-19th century. Modern judges are also open to considering whether their decisions appear to fit with how other systems do things - and, indeed, there is some significant contact between the judges in different systems, not in deciding individual cases, but more generally in understanding each other's systems. The use of comparative law in individual cases is generally, in practice, a result of the pleadings of the lawyers in case. There are clearly risks involved in courts being prepared to listen to such arguments without having a full understanding of the comparative law issues involved.

[JDC] Economic and legal integration processes which, however diverse and unique, can be seen both in Europe and the Americas, often lead to the creation of harmonized legal bodies or, if viewed from a different perspective, to the drafting of community legal provisions. What role do you think comparative law plays in such contexts?

John Cartwright: This was what I meant earlier, when I referred to the harmonization projects which have been developed in recent years in Europe and elsewhere. In my view, comparative law is crucial in such projects – and I think that the European experience on this, at least in private law, illustrates not only the value of comparative law in developing these projects, but also of the value of the projects (if properly conducted) as a resource of comparative law beyond the projects themselves.