

# INSTITUCIONES PÚBLICAS Y MORALIDAD POLÍTICA

**Responsabilidad Moral en el Ejercicio de Roles Públicos Institucionales.  
Instituciones de Derecho Tributario. Instituciones de Derecho Penal.**

Hugo Seleme  
Director

Cristián Augusto Fatauros y Rodolfo Salassa Boix  
Coordinadores

Lucrecia Aceto y Romina Frontalini Rekers  
Compiladores



**CIENCIA, DERECHO Y SOCIEDAD**  
**Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**  
**Universidad Nacional de Córdoba**

*Consejo Editor*

**Dra. Marcela Aspell - UNC / Conicet; Dra. Martha Díaz de Landa - UNC; Dra. Adriana Dreyzin de Klor - UNC; Dra. María Eugenia Gómez del Río - UNC; Dra. Nora Lloveras - UNC; Dra. M. Consuelo Parmigiani de Barbará - UNC y Dra. Aida Tarditti - UNC**

*Comité Académico Asesor*

<b>Dr. Julio Ernesto Abril</b>	<b>Dr. Carlos Lista</b>
<b>Dr. Julio Isidro Altamira Gigena</b>	<b>Dr. José Fernando Márquez</b>
<b>Dr. Raúl Altamira Gigena</b>	<b>Dra. María Cristina Mercado de Salas</b>
<b>Dr. Juan Manuel Aparicio</b>	<b>Dr. Luis Moisset de Espanés</b>
<b>Dr. Eduardo Arroyo</b>	<b>Dra. Alicia Morales Lamberti</b>
<b>Dr. Jorge Barbará</b>	<b>Dr. Miguél Ángel Ortiz Pellegrini</b>
<b>Dr. Guillermo Barrera Buteler</b>	<b>Dr. Juan Carlos Palmero</b>
<b>Dra. María Inés Bergoglio</b>	<b>Dr. Gabriel Pérez Barberá</b>
<b>Dr. José Ignacio Cafferata</b>	<b>Dr. Daniel Pizarro</b>
<b>Dr. Ricardo Caracciolo</b>	<b>Dr. Ernesto Rey Caro</b>
<b>Dr. Manuel Cornet</b>	<b>Dr. Efraín Hugo Richard</b>
<b>Dra. Zlata Drnas de Clémens</b>	<b>Dr. Horacio Roitman</b>
<b>Dr. Jorge de la Rúa</b>	<b>Dr. José Ignacio Romero</b>
<b>Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato</b>	<b>Dra. Amalia Uriondo de Martinoli</b>
<b>Dr. Sergio Guestrin</b>	<b>Dr. Humberto Vázquez</b>
<b>Dr. Ricardo Haro</b>	<b>Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira</b>
<b>Dr. Antonio María Hernández</b>	<b>Dr. Alberto Zarza Mensaque</b>
<b>Dr. Francisco Junyent Bas</b>	<b>Dr. Jorge Horario Zinny</b>
<b>Dr. Carlos Lascano</b>	

*Comité Académico Asesor Externo*

**Dr. Ricardo Alonso García - Universidad Complutense de Madrid (España)**  
**Dr. Manolio Bellomo – Universidad de Catania (Italia)**  
**Dr. Diego Benavidez Santos - Universidad de Costa Rica**  
**Dra. María da Gloria Bonelli - Universidad Federal de San Carlos (Brasil)**  
**Dr. Jordi Ferrer Beltrán - Universidad de Gerona (España)**  
**Dr. José Carlos Fernández Rozas - Universidad Complutense de Madrid (España)**  
**Dr. Juan Carlos Gorlier – Center For Latin And Caribbean Studies (EEUU)**  
**Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci – Universidad Nacional de Cuyo**  
**Dra. Marta Lorente - Universidad Autónoma de Madrid (España)**  
**Dra. Hilda Marchiori - Facultad de Psicología, UNC**  
**Dr. Clemente Navarro Yáñez - Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)**  
**Dr. Dante Negro - OEA**  
**Dr. Joan Pagès i Galtés - Universidad de Tarragona (España)**  
**Dr. Leonel Perezniето Castro - Universidad Nacional Autónoma (México)**  
**Dr. Pasquale Pistone - Universidad de Salerno (Italia)**  
**Dra. Carmen Plaza Martín - Universidad de Castilla La Mancha (España)**  
**Dr. Carles Ramió Matas - Universidad Pompeu Fabra (España)**  
**Dr. Clauss Roxin – Universidad de Múnich (Alemania)**  
**Dr. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense de Madrid (España)**  
**Dr. Ernesto Garzón Valdés – Universidad de Maguncia (Alemania)**

*Director ejecutivo*

**Dr. Rodolfo Salassa Boix – UNC / Conicet**

*Secretaría administrativa*

**Cr. José María García**

## AUTORES

Luis Alberto Díaz~~Eduardo, Arroyo~~  
Adriana Dreyzin de Klor~~Carlos, Krauth~~  
Aurelio García Elorrio~~Cristián, Fatauros~~  
Laura Natalia, Milisenda  
Marta Susana Juliá~~Romina, Frontalini Rekers~~  
Guillermo Lariguet~~Ana, Richter~~  
Lucas Misseri~~Lueiana, Samamé~~  
Nicolás Emanuel Olivares~~Laura Judith, Sánchez~~  
Pablo Riberi  
Hugo Omar, Seleme~~Santiago Truccone~~  
Rodolfo, Salassa Boix  
Adriana Laura, Vercellone

## ÍNDICE

### **Presentación**

#### **Responsabilidad Moral en el Ejercicio de Roles Públicos Institucionales**

- Sobre la naturaleza de los códigos deontológicos profesionales (Carlos Krauth)
- Una aproximación a la Ética Judicial desde la virtud y la empatía (Luciana Samamé)
- Ética de las creencias y defensa legal (Hugo Omar Seleme)
- Una aproximación a la idea de responsabilidad política (Adriana Laura Vercellone)

#### **Instituciones de Derecho Tributario**

- La prohibición de efectos confiscatorios como límite al deber de contribuir: el caso “Candy” (Eduardo Arroyo)
- Consumo, equidad tributaria y liberalismo igualitario (Cristián Fatauros)
- Algunos interrogantes en torno al deber de contribuir: por qué, para qué, cómo y quiénes (Rodolfo Salassa Boix)

#### **Instituciones de Derecho Penal**

- Los edictos policiales y los límites del argumento liberal (Laura Natalia Milisenda)
- La necesidad de un consejo de policía criminal: el caso del Anteproyecto de reforma del Código Penal (Romina Frontalini Rekers)
- La defensa pública en Argentina - ¿una institución liberal? (Ana Richter)
- Algunas incidencias del encierro carcelario en las mujeres privadas de su libertad en Córdoba. La maternidad en el confinamiento (Laura Judith Sánchez)

## PRESENTACIÓN

El Derecho y la Ética mantienen una relación estrecha, aunque no muchas veces se le brinda la atención que dicha vinculación merece. El análisis y la evaluación moral de las instituciones jurídicas y políticas conforman lo que se denomina "Jurisprudencia Normativa" o también "Ética Política". Una disciplina capaz de hacer avanzar el estudio de políticas públicas y herramientas jurídicas y sociales y, a la vez, juzgar su adecuación a criterios de corrección moral política. Este ha sido nuestro objetivo en la compilación de los trabajos que componen este libro: ofrecer una investigación tanto de las instituciones como de las acciones de quienes participan en las prácticas que tienen lugar a partir de dichas instituciones.

Los trabajos que se compilan aquí parten de un hecho difícilmente controvertible, esto es, que tanto los ciudadanos como los operadores jurídicos, en tanto participantes activos de una sociedad, pueden adoptar una actitud reflexiva frente a las instituciones jurídicas. De hecho, la concepción que se pretende impulsar a través de nuestras investigaciones afirma que existe un deber de desarrollar esta actitud. Al menos es un deber que corresponde a aquellos que están de una u otra manera vinculados con las profesiones jurídicas.

Esta actitud de reflexión crítica se presenta en dos tipos de juicios de moralidad política: uno relacionado con las instituciones y otro con las acciones que se llevan a cabo dentro de aquéllas.

Por un lado, se pueden evaluar las consecuencias sociales y políticas que las instituciones producen. Se puede juzgar su eficacia para lograr un determinado objetivo o la promoción de un estado de cosas. Como ejemplo de objetivos y circunstancias sociales que las instituciones buscan promover encontramos: la defensa de derechos reproductivos durante el cumplimiento de penas privativas de libertad; el respeto por el derecho de propiedad y la interdicción de la confiscatoriedad a través de los impuestos. Un segundo estándar normativo que se utiliza para la evaluación de las instituciones es el referido a su justicia o injusticia. La justicia es considerada una de las primeras virtudes de las instituciones, y la existencia de injusticias hace surgir de manera inmediata el deber de reformarlas. La evaluación de las instituciones para determinar si la distribución de cargas y beneficios es justa es entonces una tarea primordial. Como una tercera forma de reflexión crítica sobre las instituciones jurídicas y políticas, se debe considerar si las prácticas institucionales satisfacen ciertos requerimientos para ser reputadas moralmente legítimas. De este modo, si se violan principios básicos de moralidad política, ya sea porque algunos sectores de la población han sido excluidos de la participación y/o el debate sobre los proyectos legislativos, o ya sea porque una institución produce la imposición de una concepción moral o religiosa específica o porque no está correctamente fundado en principios de moralidad pública, que son los que deben cumplirse.

Pero no sólo las instituciones exigen ser evaluadas moralmente. Las acciones que se realizan dentro de las instituciones también pueden ser objeto de valoración ética. Las instituciones determinan diferentes roles públicos que, a su vez, implican determinados deberes y obligaciones. Tales roles son estándares normativos a los que las conductas individuales deben ajustarse. En tanto ciudadanos, legisladores, jueces, empleados o funcionarios de la Administración Pública, los individuos pueden encontrarse en situaciones que exijan una actitud o disposición relacionada con valores morales. Esta relación puede ser exigida, ya sea porque el derecho requiere una obediencia general fundada en una justificación moral o porque ciertas reglas de las instituciones jurídicas

particulares requieren una conducta o actitud valorativa determinada. Si las instituciones y prácticas jurídicas están justificadas en valores morales, la conducta que ellas exigen de los individuos y que componen las prácticas, también deben estarlo.

La presente obra se enmarca dentro del proyecto de investigación “La evaluación moral de las instituciones públicas. Hacia una sociedad democrática de ciudadanos libres e iguales” (2012-2013), dirigido por el Dr. Hugo O. Seleme y aprobado y evaluado favorablemente por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (Secyt-UNC). De esta forma, mediante investigadores miembros de dicho proyecto y autores invitados, por su estrecha relación con nuestras líneas de investigación, se ha pretendido reflejar los resultados parciales fruto de la actividad científica desarrollada en el seno del mencionado proyecto.

La variedad y multidisciplinariedad de autores, interrelacionados a través del eje temático central del trabajo, nos llevó a articular los trabajos compilados en tres sub-ejes temáticos bien diferenciados. El primero concentrado en el análisis de los principios y criterios morales y legales que deberían regir la actividad profesional de los abogados (Carlos M. Krauth, Hugo O. Seleme) y la responsabilidad política de los funcionarios de la Administración Pública (Adriana L. Vercellone). El segundo enfocado en la valoración moral de las instituciones tributarias, los límites de la contribución impositiva (Eduardo Arroyo), la elucidación teórica de los principios tributarios constitucionales (Rodolfo Salassa Boix) y los criterios de justicia distributiva rawlsiana aplicables al sistema tributario (Cristián A. Fatauros). El tercero dedicado a la evaluación de las consecuencias de la legislación y práctica penitenciaria y su incidencia sobre los derechos reproductivos de las mujeres (Laura Sánchez), las condiciones ideales de legitimidad de las reformas penales (Romina Frontalini Rekers), la evaluación del instituto de Defensor Público (Anna Richter) y las concepciones ideológicas que justifican los edictos policiales (Natalia Milisenda).

En definitiva, la presente obra es un esfuerzo conjunto y desinteresado de profesores e investigadores que pretenden dar un paso más en el importante camino que conduce a la sinergia entre el Derecho y la Ética.

**RESPONSABILIDAD AMORAL EN EL  
EJERCICIO DE ROLES PÚBLICOS  
INSTITUCIONALES**

Σ

## **SOBRE LA NATURALEZA DE LOS CODIGOS DEONTOLOGICOS PROFESIONALES**

Carlos Krauth<sup>1</sup>

**Resumen:** Por lo general los Colegios Profesionales regulan la conducta de sus matriculados a través de códigos deontológicos, denominados mayoritariamente “Códigos de Ética”.

Sin embargo, esa designación puede llevar a equívocos, por cuanto se discute si los mismos contienen normas éticas o sus reglas forman parte del derecho positivo.

Pese a la opinión general considero que estos cuerpos normativos forman parte del Ordenamiento Jurídico Estatal, lo que no significa que la ética profesional nada tenga que ver con ellos, ya que sus principios son indispensables para justificarlos y legitimarlos.

**Palabras Clave:** ética profesional – códigos deontológicos – derecho positivo.

Más allá de las discusiones acerca de si la ética profesional forma parte de la ética común o si constituye un tipo de razonamiento práctico independiente y específico<sup>2</sup>, es de aceptación casi unánime, entre juristas y filósofos, la existencia de una ética de las profesiones que está constituida por “... un conjunto de normas ligadas al ejercicio de ciertos derechos y deberes profesionales específicos<sup>3</sup>”.

Los principios sobre los que se asientan permiten valorar, - positiva o negativamente-, el comportamiento de los profesionales que se encuentran a ellos sujetos. Es a partir de ellos que los Colegios Profesionales, han establecido cuerpos legales en los que se prescriben las conductas que se espera de sus matriculados, imponiendo además, sanciones para aquellos que con su actuación atenten contra “el buen ejercicio de la actividad profesional”.

Efectivamente, casi todas las profesiones<sup>4</sup> ven regulada la actuación de sus empadronados, en códigos deontológicos, en los que se establecen Sanciones, Tribunales y Normas de Procedimiento, para juzgar las irregularidades que en el ejercicio de su labor aquellos cometen.

Ahora bien, respecto a estos cuerpos normativos, si bien todos tienen como un mismo objetivo reglar la conducta de los profesionales, no hay acuerdo sobre la denominación que se les da, ya que se suelen utilizarse distintos nombres para identificarlos; así, algunos son llamados Código de Ética, otros Disciplinarios, otros de Conducta, etc.

Esta diferencia en su designación no es solo semántica, sino que pone en evidencia la discusión existente en torno a la cuestión de su naturaleza: Las normas que disciplinan la conducta de los profesionales ¿son normas éticas o son normas de derecho positivo?

Si bien los códigos deontológicos contienen un conjunto de valores o principios que deben guiar la actividad profesional, a poco de analizarlos se puede detectar que

---

<sup>1</sup> Abogado y Magister en Derecho y Argumentación Jurídica, Universidad Nacional de Córdoba-Argentina (UNC). Doctorando en Derecho (UNC). Profesor de Ética (UNC). Miembro del Programa de Ética y Filosofía Política (UNC). Autor de diversas publicaciones y ponencias. Correo electrónico: cmkrauth@yahoo.com.ar.

<sup>2</sup> Un buen tratamiento del tema lo hace Guillermo Lariguet en “Virtudes Ética Profesional y Derecho”, ed. B de F; pág. 61 y ss.

<sup>3</sup> Guillermo Lariguet ob. cit.; pág. 61

<sup>4</sup> Digo casi todas porque por ejemplo, el periodismo carece de un colegio profesional que los agrupe, y de normas que regulen la conducta que estos profesionales deben seguir.

muchas de estas legislaciones profesionales van más allá de ello, ya que contienen un catálogo más o menos preciso de conductas que consideran deben guardar los matriculados, prescribiendo en forma genérica o individual sanciones para el caso de su incumplimiento.

Esta modalidad regulativa, es la fuente de la controversia señalada, la que si quiere ser superada requiere aclarar en primer lugar, la diferencia entre normas morales y normas jurídicas.

## 1. NORMAS MORALES Y NORMAS JURÍDICAS

Tanto el derecho como la moral son ordenamientos normativos que tienden a proteger y beneficiar a los individuos a través de la regulación de sus conductas; sin embargo, más allá de las coincidencias parciales que presentan en su contenido, sus diferencias no son pocas ni menores, las que es necesario identificar en función del objetivo de este trabajo. Para ello recurriré al estudio que del tema hiciera Herbert Hart, en su obra el “Concepto del Derecho<sup>5</sup>”, el que tomaré como base para mostrar sus disimilitudes.

Asumiendo la existencia de una moral social y una moral crítica, Hart señala cuatro características “cardinales” que identifican a los principios o reglas de moralidad social, esas son, (a) la importancia, (b) la inmunidad al cambio deliberado, (c) el carácter voluntario de las transgresiones morales, y (d) las formas de presión moral. Entendiendo el autor que estas características reflejan los “...diferentes aspectos de una típica e importante función que tales pautas cumplen en la vida social o en la vida de los individuos”<sup>6</sup>.

Precisamente Hart utiliza las propiedades señaladas, para concretar su análisis sobre las diferencias entre las reglas morales y los otros tipos de normas y puntualmente con las reglas jurídicas.

Así, al entrar a considerar las diferencias entre ellas, Hart comienza rechazando la concepción (con origen en Kant) según la cual las reglas jurídicas se refieren a la conducta externa de los individuos y las reglas morales se vinculan con los motivos o intención internos de su obrar, -la moral para Kant tiene en cuenta la buena voluntad o la intención correcta-. El rechazo lo funda en que de ser cierta esta aseveración, no podría haber coincidencias en cuanto al contenido de las normas morales y las jurídicas, lo que califica como una “sorprendente afirmación”, señalando que esto es una deducción errónea; por cuanto la moral exige algo más que solo buenas intenciones o buenos motivos.

Sin embargo, más allá de lo acertado de esta crítica, comprende que el argumento tiene algún valor, por cuanto esta “... idea vaga de que la diferencia entre el derecho y la moral se conecta con un contraste entre el carácter “interno” de la una y el carácter “externo” del otro”; puede ser tenida “como una abreviatura de las cuatro características cardinales”, -que señalé previamente- las que se relacionan entre sí “y que en forma colectiva sirven para distinguir a la moral no solo de las reglas jurídicas sino de otras formas de reglas sociales”<sup>7</sup>. Veamos que dice de cada una de las características apuntadas.

Respecto a la *importancia* (a), señala que la misma surge del estatus de las reglas morales, a partir del cual se deriva: a. que las pautas morales limitan la conducta de los individuos, haciéndoles sacrificar su interés personal en tanto son por ellos observadas; b. la existencia de una fuerte presión social para que estas reglas sean observadas y enseñadas o transmitidas a los miembros de la sociedad; y, c. la consideración -

---

<sup>5</sup> Hart, Herbert, “El concepto de Derecho”; Abeledo Perrot; 1963 (ed. en castellano).

<sup>6</sup> Hart, Herbert; ob cit, pag. 209

<sup>7</sup> Hart, Herbert; ob cit, pag. 215

mayoritaria- de que si no se observaran con regularidad las pautas morales se producirían cambios importantes y poco gratos en la sociedad.

Las reglas jurídicas difieren de las morales en virtud de que su importancia no deviene de su estatus. Si bien hay casos en que ambas normas regulan las mismas conductas; - en este caso ambas presentan el mismo grado de importancia-, hay reglas jurídicas cuya preservación puede considerarse carente de importancia, ya que “puede haber consenso general de que debiera ser derogada<sup>8</sup>”; no obstante, siguen siendo reglas jurídicas hasta que esto no suceda. Esta posibilidad marca una profunda diferencia con las pautas morales, ya que como señala Hart, es absurdo pensar que una regla de esta naturaleza, que nadie respeta ni considera importante, siga formando parte de este orden normativo. En relación a *La inmunidad al cambio deliberado (b)*; entiende Hart que ser pasible de modificaciones es una característica de los sistemas jurídicos. El origen de estos cambios se encuentra en la acción deliberada de la autoridad competente, la que los produce mediante la modificación o derogación de las reglas que lo componen. A diferencia de ello, las reglas morales no pueden ser cambiadas de la misma forma, “porque es incompatible con el papel desempeñado por la moral en la vida de los individuos, que las reglas, principios o pautas morales sean considerados, como lo son las normas jurídicas, cosas susceptibles de creación o cambio mediante acto deliberado<sup>9</sup>”.

Como tercer característica señala Hart *el carácter voluntario de las transgresiones morales (c)*. A esta particularidad la funda a partir de la idea que, desde el punto de vista moral, quien ha realizado una conducta no intencional que viola sus reglas o principios no puede ser tenido por responsable de ello. En el derecho, afirma, esto ocurre hasta cierto punto, ya que en general se exige la voluntad en el obrar (*mens rea*) para poder ser reprochado jurídicamente.

Sin embargo, los sistemas jurídicos prevén casos en los que se tienen en cuenta criterios objetivos para condenar a un sujeto, sin tener en cuenta su intencionalidad o voluntad en la comisión del hecho que se le culpa (casos en los que hay dificultad para probar la intencionalidad en el obrar del justiciable, o su capacidad para prever los resultados de su actuar).

Agrego además, que las normas jurídicas, en algunos casos, prescriben sanciones para las omisiones, lo cual está excluido de la moral que exige siempre un actuar positivo del sujeto para poder ser reproche.

La última característica que señala se refiere a *la forma de presión moral (d)*. Respecto de la moral la presión “...consiste en apelar al respeto hacia las reglas, en cuanto cosas importantes en sí mismas...” por lo tanto esta presión se ejerce básicamente “...no mediante amenazas o apelaciones al temor o al interés, sino mediante advertencias a la calificación moral que merece la acción que se tiene a la vista y de las exigencias de las normas morales<sup>10</sup>”. Es decir, que lo relevante en relación al castigo moral es el condicionamiento interno vinculado al temor o al castigo que son consecuencias de la culpa o vergüenza que siente el agente, como dice Hart, “...las advertencias enfáticas de lo que las reglas exigen, las apelaciones de conciencia, y la confianza en la eficacia de la culpa y el remordimiento, son las formas de presión características y más salientes, usadas en apoyo de la moral social<sup>11</sup>”.

A diferencia de ello, el derecho opera a partir de amenazas de castigos físicos o consecuencias desagradables para el particular, que toman forma de lo que se denomina

---

<sup>8</sup> Hart, Herbert; ob cit, pag. 217

<sup>9</sup> Hart, Herbert; ob cit, pag. 218.

<sup>10</sup> Hart, Herbert; ob cit, pág. 223.

<sup>11</sup> Hart, Herbert; ob cit, pág. 223.

sanción jurídica, la que constituye una de las características definitorias de los ordenamientos jurídicos positivos.

## **2. LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS COMO PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POSITIVO**

Existen distintas formas de legislar los derechos y obligaciones de los profesionales. Puede ocurrir, por ejemplo, que los códigos no establezcan sanciones específicas para las conductas indebidas de sus afiliados, como ocurrió con la sanción del Código de conducta de los jueces de Estados Unidos (Code of conduct for Unisted State Judges), en el que se ha renunciado a prescribir medidas sancionatorias concretas, no previendo ningún mecanismo de control particular, como ocurre con la mayoría de los códigos profesionales<sup>12</sup>.

Sin embargo, se prevén sanciones de manera indirecta, como ocurre con el Código de conducta de los Jueces Norteamericanos, en el que, según el comentario al canon 1º, se establece que: “El hecho de si es apropiado emprender acción disciplinaria y el grado de disciplina que se impondrá, deberá determinarse mediante una aplicación razonable del texto y deberá depender de factores tales como la gravedad de la infracción, la intención del juez, el hecho de si existe un patrón de actividad inapropiado y el efecto de la actividad inapropiada sobre otros o sobre el sistema judicial”<sup>13</sup>.

Estos tipos de códigos tienden a determinar los principios en los que se asienta la corrección en el actuar de sus destinatarios, evitando establecer reglas de conductas concretas como lo hacen casi todos los códigos deontológicos nacionales.

Otra modalidad, -adoptada mayoritariamente en nuestro país-, regula la actividad de los profesionales prescribiendo sanciones concretas para las conductas indeseadas de los profesionales, las que pueden estar enunciadas con mayor o menor precisión.

Sin embargo, más allá de estas distintas modalidades, todos los códigos deontológicos coinciden que están conformados por normas que tienen por objeto regular la conducta de sus matriculados. Pero decir esto no resuelve el problema sobre su naturaleza, ¿son regulaciones de tipo moral o jurídica?

Al respecto dice Andruet<sup>14</sup> “No puede haber código de ética desde una conformación distinta de la positiva; si es código de ética es positivo”; ¿Cuál es la justificación de ello? como dice el autor en la nota a la cita, es “Positivo en el sentido Kelseniano, esto es, por haber sido promulgado por autoridad competente con un ámbito de aplicación específico y en un tiempo histórico determinado”. Esto sirve de punta para desentrañar el problema, pero más allá de ello, es necesario ampliar la justificación.

El derecho se caracteriza por estar compuesto por normas de carácter coactivo y por regular el monopolio de la fuerza estatal a través de reglas que dan competencia a ciertos órganos para que apliquen las normas a casos particulares y dispongan las medidas coactivas previstas por el mismo sistema<sup>15</sup>. Consecuentemente, si se analizan los llamados códigos deontológicos, uno se encuentra con que ellos de alguna manera establecen sanciones para las conductas indeseadas; pero además, regulan los procedimientos que deben seguirse para el juzgamiento de los matriculados, y, a través de reglas de competencia, adjudican a ciertos sujetos la capacidad para aplicar y hacer

---

<sup>13</sup> “Whether disciplinary action is appropriate, and the degree of discipline, should be determined through a reasonable application of the text and should depend on such factors as the seriousness of the improper activity, the intent of the judge, whether there is a pattern of improper activity, and the effect of the improper activity on others or on the judicial system”.

<sup>14</sup> Andruet, Armando; “Ejercicio de la abogacía y deontología del derecho”; Ed. Alveroni; pág. 20; 2001.

<sup>15</sup>Para mayor profundización se puede ver Nino; Carlos; “Introducción al análisis del Derecho”; ed. Astrea: 1995.

cumplir las medidas coercitivas previstas. Estos son los llamados Tribunales de Ética Profesional o de Disciplina, según algunas de las distintas denominaciones que se suelen utilizar.

Ejemplo de ello es la Ley 5805 de Colegiación de los Abogados<sup>16</sup> la que establece en los 28 incisos de su art. 21 las conductas que violan las reglas de Ética Profesional, y en el art. 22, prevé cuales son las conductas que, siempre que no constituyan delitos, son consideradas como un ejercicio ilegal de la abogacía<sup>17</sup>; disponiendo para este último supuesto, que quien debe juzgar estas infracciones es el Juez Correccional previa investigación preliminar, lo que debe hacerse de acuerdo a lo pautado en el Código de Procedimiento Penal (art. 24).

Respecto a las sanciones a imponer en el caso de violación de las “reglas éticas”, el art. 21, determina que son: 1) Apercibimiento privado o público. 2) Multa hasta un importe equivalente al haber jubilatorio mensual del abogado. 3) Suspensión en el ejercicio profesional hasta seis meses. 4) Cancelación de la matrícula y exclusión, por tanto, del ejercicio profesional (art. 72).

El juzgamiento de las faltas “éticas” está reservado al Tribunal de Disciplina, el que encuentra su competencia en el Título IV, Capítulo I, bajo la leyenda “Del Tribunal de disciplina”, en tanto que el procedimiento que se debe seguir consta en el Capítulo II, del mismo Título, el que lleva el nombre “De las sanciones y del Procedimiento Disciplinario”.

Si algo más hace falta para demostrar el carácter jurídico que tiene esta legislación profesional, hay que mencionar lo regulado en el art. 87 que establece que; “Las resoluciones dictadas por el Tribunal de Disciplina serán revisadas por las Cámaras en lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Córdoba, conforme el procedimiento establecido en la Ley N° 7182 y sus modificatorias”; a lo que se puede agregar que la decisión de estos Tribunales puede ser recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia y, por vía extraordinaria, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

### **3. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO PARTE DEL DERECHO PENAL DISCIPLINARIO**

Con lo dicho, creo que no hay dudas que los códigos deontológicos forman parte del Ordenamiento Jurídico Positivo y que no son de “Códigos de Ética” como suelen ser denominados. Pero esta afirmación no satisface totalmente las dudas planteadas respecto de su naturaleza, por cuanto aceptando que son normas de Derecho Positivo ¿dentro de qué disciplina del derecho deben ser ubicados entonces?

#### **3.1. EL DERECHO PENAL DISCIPLINARIO**

Una tradicional clasificación del derecho penal sustantivo, indica que el mismo puede, según las conductas que reprime, clasificarse en derecho penal común, derecho penal contravencional y derecho penal disciplinario.

---

<sup>16</sup> Utilizaré por lo general como ejemplo la ley de Colegiación de los abogados de Córdoba, no obstante, cuando lo crea conveniente ilustraré mi exposición recurriendo a otros códigos profesionales.

<sup>17</sup> El art 23 prescribe en sus 7 apartados una pena de multa para el supuesto en que el profesional no fuese, funcionario, empleado o auxiliar de la administración pública; en tanto que si ostenta esta calidad se prevé además una pena de inhabilitación consistente en “suspensión de uno a doce meses en el cargo, matrícula o inscripción, registro o empleo a cuyo efecto el tribunal de disciplina remitirá los antecedentes a quien corresponda juzgar y aplicar la sanción”; además, la reincidencia será penada con exoneración del empleo o cargo o exclusión de la matrícula. “Si el responsable fuere profesional, cuyo título no lo habilite para las actividades que se atribuye o ejercite o que colabore, además de las sanciones del artículo anterior será suspendido en los derechos que le confiere su matrícula, inscripción o registro, por el término de uno a doce meses. En caso de reincidencia la suspensión será de dos años”.

Así, se entiende que el derecho penal común se encarga de los delitos o crímenes<sup>18</sup>, el derecho penal contravencional de las faltas o contravenciones<sup>19</sup>, en tanto que el derecho penal disciplinario “...es el poder represivo inherente a la facultad estatal de establecer y mantener el orden jerárquico, de servicio, **profesional** o, en general, de sujeción de carácter público, cualquiera que sea su causa<sup>20</sup>” –el resaltado me pertenece-.

Dicho esto, me detendré en esta última división del derecho penal sustantivo, señalando sus características definitorias, para luego analizarlo en relación a las normas deontológicas profesionales, las que -adelantando mi posición-, considero no son más que reglas criminales disciplinarias.

Ricardo Núñez<sup>21</sup> señala cinco características o condiciones que definen al Derecho Penal Disciplinario, a las que identifica de la siguiente manera:

a. Respecto a las *infracciones* que son objeto de castigo del derecho penal disciplinario, he dicho que las conductas que las constituyen, son violaciones a los órdenes señalados dos párrafos más arriba, las que son ocasionadas por “actos de negligencia, desobediencia, indecoro o inmoralidad, [cuyo] castigo tiene por finalidad mantener la disciplina<sup>22</sup>”

b. En relación a las *penas*, indica que éstas son entendidas como amenazas de coerción tendientes a evitar que se cometan los actos referidos, las que por lo general consisten en “el apercibimiento, la suspensión, la cesantía, la exoneración, la multa o el arresto de corta duración<sup>23</sup>”.

c. En función de la *conducta castigada*, salvo que se prevea sanciones pecuniarias o privativas de la libertad o que afecten directamente a algún derecho constitucional, entiende que no hace falta que estén determinadas específicamente tanto estas como su sanción. “Basta que la Constitución, la ley o el reglamento, establezcan cada órgano y determinen genéricamente las sanciones aplicables<sup>24</sup>”. Y finalmente;

d. Respecto a los *titulares de este poder coercitivo*, en principio entiende que son las autoridades pertenecientes a los tres poderes del Estado, no obstante cuando se trate de instituciones autárquicas, u organizaciones privadas, como los colegios profesionales, sindicatos, etc. y todos aquellos que ejercen el gobierno de la matrícula o de la afiliación, estos pueden ejercer este poder, el que a su vez, se encuentra sometido a control y revisión de los poderes públicos, fundamentalmente del poder judicial, quien actúa como tribunal de alzada frente a las decisiones que tomen los Tribunales disciplinarios.

### 3.2. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA PROFESIONAL

He adelantado mi pensamiento respecto a que las normas que regulan la conducta de los profesionales constituyen regla derecho penal disciplinario. Las razones que me llevan a sostener esta posición se encuentran en que los códigos deontológicos cumplen con todas las condiciones que identifican a esta división del derecho penal material que diera previamente. Paso a detallarlas<sup>25</sup>:

---

<sup>18</sup> Ver Ricardo Núñez, Manual de Derecho Penal, Parte General; ed. Lerner; Pág. 45.

<sup>19</sup> No entraré aquí a analizar, por ser ajeno al análisis de este trabajo, la discusión acerca de si hay o no diferencias entre las faltas y contravenciones ni en dilucidar, si las hay, cuales son las diferencias entre ellas. Hay muchos trabajos respecto a esto, uno de ellos se encuentra en el autor que cito en la nota previa.

<sup>20</sup> Núñez, Ricardo, ob. cit. pag.50.

<sup>21</sup> Núñez, Ricardo, ob. Cit.

<sup>22</sup> Nuñez Ricardo, ob. cit. pag. 51.

<sup>23</sup> Nuñez Ricardo, ob. cit. pag. 51.

<sup>24</sup> Nuñez Ricardo, ob. cit. pag. 51.

<sup>25</sup> Para concretar esta labor tomaré como ejemplo, principalmente, el Código deontológico de los abogados de Córdoba, ya citado.

a. *Respecto a las infracciones que persiguen*, estas son constituidas por conductas que tienen su origen en:

1) *actos antiéticos*, por ejemplo “Procurarse clientela por medios incompatibles con la dignidad profesional, como ser: a) hacer publicidad que pueda inducir a engaño u ofrecer soluciones contrarias o violatorias de las leyes; b) recurrir directamente o por terceras personas a intermediarios remunerados para obtener asuntos; c) ejercer la profesión asociado con persona que no tenga título, o tener sucursales de su estudio a cargo de ella; d) ofrecer públicamente consultas o trabajos gratuitos; e) inducir al litigante al cambio innecesario de su defensor. 8) Abultar maliciosamente la importancia del asunto o presentar reiteradamente escritos innecesarios, o de extensión excesiva, con el propósito de aparentar mayor labor profesional; -art 27 de la ley 5085-”.

2) *negligencia profesional*, “vgr. Ley 5.805 art 27 inc. 10) Abandonar o descuidar inexcusablemente la defensa de la causa confiada a su patrocinio o representación”.

3) *desobediencia*; “art. 27 inc. 13) Retirar expedientes sin dejar recibo; retenerlos injustificadamente o no devolverlos de inmediato al ser requerido por Secretaría o por parte interesada”; y

4) *falta de decoro profesional* “art. 27 inc. 15) Excederse en las necesidades de la defensa formulando juicios o términos ofensivos a la dignidad del colega adversario o que importen violencia impropia o vejación inútil a la parte contraria, magistrados y funcionarios. 16) Interponer ante los jueces, en provecho propio o en causa en que tenga intervención o interés, su influencia o la de un tercero-”.

b. En relación a las *penas* que prevén, he dicho que por lo general las sanciones van desde apercibimientos, públicos o privados, suspensiones, inhabilitaciones temporarias, multas, hasta exoneraciones; así, la Ley 5805 prevé en su artículo 72 las penas que he señalado precedentemente; no obstante puedo señalar otros ejemplos, como lo prescripto en el art 22 de La Ley 6396 del Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba, que establece: “Las sanciones a aplicarse por el tribunal de ética serán las siguientes: a) Apercibimiento privado y por escrito; b) Apercibimiento por escrito y publicación cuando se dicte resolución definitiva; c) Multa de diez mil pesos (\$ 10.000) a quinientos mil pesos (\$ 500.000), que se duplicarán en caso de reincidencia. d) Suspensión en el ejercicio profesional de quince (15) días a un (1) año; e) Cancelación de la matrícula. Esta podrá ser temporaria o definitiva. Tanto la suspensión, como la cancelación, inhabilitarán para el ejercicio profesional, tendrán efecto en todo el territorio provincial y se darán a publicidad”. Etc.

c. Si se tienen en cuenta las *conductas castigadas*, en el derecho disciplinario se suelen establecer pautas generales de sanción y, por tanto, se concede cierta discrecionalidad al juzgador; es decir que las conductas, pueden no estar descriptas con la precisión que se exige en el derecho penal común. Refrenda esto lo resuelto por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de 2ª Nominación de Córdoba cuando dijo: “En cuanto al exceso de las facultades disciplinarias del Tribunal de Disciplina, al sancionar faltas de ética no previstas expresamente en las normas, corresponde manifestar que en materia de potestad disciplinaria no rige el principio de tipicidad que exige la aplicación de la ley penal, por lo tanto las faltas disciplinarias se enuncian en las distintas normas de una manera genérica y deben ser interpretadas en forma amplia...<sup>26</sup>”

d. En relación a los *titulares de este poder coercitivo*, el mismo es ejercido en 1ª Instancia por los Tribunales de Disciplina o Ética de cada colegio, los que tienen competencia en virtud de una Ley dictada por los Poderes Legislativos correspondientes

---

<sup>26</sup> I. del C., G. c. Tribunal de Disciplina de Abogados de Córdoba - 13/11/2007.

quienes son titulares del poder de policía legalmente atribuido y referido al gobierno de la matrícula<sup>27</sup>.

En el caso de los abogados de Córdoba, conforme a la Ley 5805, es el Tribunal de Disciplina de Abogados quien ejerce el poder disciplinario "sobre todos los abogados inscriptos en la Provincia, a cuyo efecto conocerá y juzgará, de acuerdo a las normas de ética profesional, las faltas cometidas por los abogados en el ejercicio de la profesión o que afecten el decoro de ésta, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que incurran..." (art. 50°). Es por ello que el Tribunal "...ejerce las potestades delegadas por la Provincia en orden al poder disciplinario sobre los colegiados, y en ese cometido, ejerce función administrativa. El organismo debe velar por un correcto ejercicio de la profesión y en tal sentido los profesionales integrantes de la corporación, se encuentran sujetos al cumplimiento de normas éticas que restringen el ejercicio de su actividad, con la finalidad de que la misma se encauce dentro de un marco de respeto de los valores éticos que la rigen y que necesariamente el Estado se encuentra obligado a preservar en salvaguarda del bien común<sup>28</sup>". Y finalmente;

d. Vinculado a los *titulares del Poder de Sancionar*, cada colegio profesional, tiene por lo general un Tribunal designado conforme a procedimientos reglados legalmente<sup>29</sup>, que tiene competencia para juzgar y aplicar las sanciones previstas en la Ley Profesional, vgr. art. 50 de la Ley 5.085: "El Tribunal ejercerá el poder disciplinario sobre todos los abogados inscriptos en la Provincia, a cuyo efecto conocerá y juzgará, de acuerdo a las normas de ética profesional, las faltas cometidas por los abogados en el ejercicio de la profesión o que afecten al decoro de ésta, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que incurran y de las facultades disciplinarias que las leyes acuerden a los tribunales de justicia"<sup>30</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

---

<sup>27</sup> "El Tribunal de Disciplina Notarial de la Provincia de Córdoba, como ente dotado de potestad pública, posee competencia para imponer a los notarios sanciones disciplinarias pues, conforme lo establecido por la ley local 6291, es su función velar por el correcto ejercicio de la profesión, con la finalidad de que se encauce dentro de un marco de respeto por los valores morales que la rigen y que el Estado, necesariamente, se encuentra obligado a preservar en salvaguarda del bien común". Cámara Contencioso administrativa de 2ª Nominación de Córdoba; causa "Sauervein, Luis F. c. Tribunal De Disciplina Notarial" - 22/02/2010.

<sup>28</sup> Cámara Contencioso administrativa de 1ª Nominación de Córdoba M., A. c. Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de Córdoba - 12/06/2008

<sup>29</sup> Cada Colegio Profesional tiene en la provincia de Córdoba un Tribunal constituido para juzgar las conductas de sus matriculados. Estos Tribunales suelen ser designados de distinta manera, siendo las denominaciones más comunes, Tribunales de Ética, Tribunales de disciplina etc. Incluso algunos Colegios Profesionales, como el Consejo médico de Córdoba, establecen procesos más sofisticados para juzgar las faltas de sus matriculados, incluyendo Tribunales de Apelación o de 2ª Instancia; "Art. 12°) del Reglamento Procesal "Las Resoluciones culminatorias son apelables ante el Tribunal de Apelaciones instituido por los arts. 4° y 23° de la Ley 4853, modificada por decreto ley 6396".-

<sup>30</sup> Transcribo el artículo que determina la jurisdicción del Tribunal de Abogados solo a modo de ejemplo, pero podría hacerlo con cada uno de los Tribunales de todos los Colegios Profesionales de Córdoba, lo que no hago para no sobreabundar. Si, para corroborar lo que digo, y de manera ilustrativa expongo el art. 43 de la Ley de Colegiación de los Ingenieros Especialistas de Córdoba (Ley 7.673) "El Tribunal de Ética Profesional tendrá jurisdicción sobre todo el territorio de la Provincia en materia de consideración y eventual juzgamiento de causas iniciadas de oficio o a petición de aportes, vinculadas a la ética profesional, sus transgresiones o causas de indignidad o inconducta o violación de disposiciones arancelarias por parte de los matriculados".

He mostrado como las normas que regulan las actividades de los Profesionales, forman parte del Ordenamiento Jurídico Estatal, y dentro de éste, del Derecho Penal disciplinario, en tanto y en cuanto esas normas regulan la conducta de los matriculados, estableciendo penas para las inconductas, y procedimientos para su juzgamiento, pudiendo incluso recurrirse las Resoluciones ante Tribunales pertenecientes a la justicia ordinaria.

Pero deseo aclarar, que esto no significa negar la existencia de una ética profesional, ni restarle méritos o importancia a la misma, sino todo lo contrario. Entiendo que es inobjetable la existencia de una moral propia de las profesiones, pero creo al mismo tiempo, que es erróneo afirmar que los códigos de conducta profesional formen parte de su ámbito. Sí sostengo, que las reglas disciplinarias, creadas por el legislador, deben derivarse de estos principios o reglas de moralidad profesional, que en definitiva son las que le dan validez y legitimidad a los llamados códigos deontológicos.



## UNA APROXIMACIÓN A LA ÉTICA JUDICIAL DESDE LA VIRTUD Y LA EMPATÍA

Luciana Samamé<sup>31</sup>

**Resumen:** El principal objetivo de este artículo apunta a la explicitación de ciertos elementos centrales de una promisorio línea de análisis en filosofía jurídica: la llamada *Virtue Jurisprudence*. Una de sus tesis medulares se articula sobre la defensa de la decisiva importancia de la existencia de jueces virtuosos. En esta dirección, tematizo las virtudes judiciales propuestas por Lawrence Solum y propongo la incorporación de la virtud de la compasión. Si bien no son pocos los interrogantes que esta incorporación plantea, constituye un tema poco explorado y que sólo en forma reciente ha comenzado a recibir atención por parte de filósofos morales y del derecho. Es así como finalmente examino cuáles son los desafíos que la incorporación de la compasión o empatía en la esfera de la ética jurídica plantea, y cuáles son las posibles vías para hacerle frente.

**Palabras clave:** giro aretaico- virtudes judiciales- empatía.

### 1. El giro aretaico emprendido por la filosofía moral y del derecho contemporáneas

Desde el S. XVIII en adelante, las tendencias representadas por el deontologismo y el consecuencialismo llegan a dominar ampliamente las discusiones filosóficas éticas y jurídicas.<sup>32</sup> Sin embargo, en la escena filosófica del S. XX empiezan a considerarse perspectivas limitadas e incompletas. Pues ambas se caracterizan por proponer un criterio simple de discriminación moral, un criterio que permita distinguir a un agente racional las acciones permitidas de las prohibidas, para luego guiar de manera segura su acción. Dichas teorías presumen centrarse así en el análisis de la *acción* antes que en el carácter del agente. En palabras de J. Annas<sup>33</sup>, las mismas tienden generalmente a tomar como cuestiones primarias aquellas referentes a lo que uno debería *hacer*. En forma conexa, este tipo de teorías intenta proporcionar característicamente respuestas correctas a casos difíciles<sup>34</sup>, de modo que de su aplicación a situaciones conflictivas puedan seguirse las decisiones acertadas. Por su parte, B. Williams ha indicado que la moderna noción de “moralidad” se caracteriza por constituir un sistema de pensamiento donde el concepto de *obligación* exhibe el rol central, sugiriendo por lo demás que estaríamos mejor sin esa noción.<sup>35</sup>

La índole insatisfactoria que para ciertos pensadores ostenta la “filosofía moral moderna”, consigue reactivar el interés, sobre todo en los últimos decenios del S. XX, por teorías que se presentan como alternativa a las figuradas por el consecuencialismo y

---

<sup>31</sup> Licenciada y Doctora en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba. Actualmente es becaria posdoctoral del Conicet y su línea de investigación se circunscribe a la ética de las virtudes y a su aplicación a los dominios jurídico y político respectivamente. Es miembro del proyecto de investigación “La evaluación moral de las instituciones públicas. Hacia una sociedad democrática de ciudadanos libres e iguales”, dirigido por los Dres. Hugo Seleme y Guillermo Lariguet (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales / Universidad Nacional de Córdoba). Correo electrónico: lucianasamame@yahoo.com.ar.

<sup>32</sup> Cf. Amalia Amaya, *Virtudes Judiciales y Argumentación. Una aproximación a la ética jurídica* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009), 13.

<sup>33</sup> Cf. Julia Annas, *The Morality of Happiness* (New York: Oxford University Press, 1993), 125.

<sup>34</sup> Cf. Guillermo Lariguet, *Encrucijadas Morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico* (Madrid-México: Plaza y Valdez Editores, 2011)

<sup>35</sup> Cf. Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Abingdon, Routledge: 2006), 174.

el deontologismo respectivamente: las denominadas *éticas de la virtud*, cuyo resurgimiento trajo aparejada una afición renovada hacia las teorías antiguas. Éstas, antes que concentrarse en los principios de la buena o la mala acción, tienden a interesarse por delinear comprensivamente los contornos de la vida buena.<sup>36</sup> Nuevamente a entender de Annas<sup>37</sup>, las éticas antiguas no presuponen como conceptos básicos aquellos de “obligación”, “deber”, o “seguir una regla”. En su lugar, emplean otra especie de categorías, tales como “bondad” o “valor”, dado que sus intereses primarios se entretajan en derredor de las siguientes cuestiones: la formación del carácter y la práctica de las virtudes, el rol de las emociones y del razonamiento práctico, y todo ello bajo el *telos* fundamental que impulsa la especulación ética antigua, a saber: el logro de la *eudaimonía*, el bien supremo que hace a la vida humana satisfactoria y floreciente. Ciertos filósofos contemporáneos encuentran precisamente en esta clase de teoría, por el tipo de cuestiones que particularmente aborda, una opción más rica y fructífera: es así como en las postrimerías del S. XX se recupera el concepto de la vida buena en conexión con las virtudes morales.<sup>38</sup>

Lo precedentemente descrito nos proporciona un horizonte amplio de presupuestos donde es posible enmarcar el giro aretaico que asimismo emprende la *filosofía jurídica*. De manera semejante a MacIntyre en *Tras la virtud*<sup>39</sup>, quien describe la situación de la ética contemporánea con tintes pesimistas, Lawrence Solum hace lo propio con respecto a la filosofía del derecho: en su opinión, no sólo la teoría sino también la práctica jurídica contemporánea, se hallan en serios problemas.<sup>40</sup> Ello es así porque tanto el consecuencialismo como el deontologismo –tendencias también hegemónicas en aquélla– no consiguen abordar satisfactoria ni íntegramente ciertas cuestiones, al desatender, por ejemplo, la relación entre el buen juzgar y las virtudes del juez, o la relación entre la ley y el carácter.<sup>41 42</sup>

Como consecuencia, la *Jurisprudencia de la virtud* se propone en calidad de paradigma alternativo respecto del consecuencialismo y el deontologismo, ambicionando responder a las cuestiones clásicas de la teoría jurídica, aunque sin caer en la visión más bien fragmentaria o reduccionista de estas últimas, al tiempo que aboga por un cambio decisivo en las nociones básicas que aquélla debe emplear. Consiguientemente, y replicando una vez más lo que después de 1958 empieza a suceder en la esfera de la filosofía moral, la *Virtue Jurisprudence* plantea que los conceptos centrales de la teoría jurídica ya no serán los de bienestar, autonomía o eficiencia, sino los de *virtud, excelencia, florecimiento humano*.<sup>43</sup> Puede decirse que este viraje conceptual supone

---

<sup>36</sup> Cf. Gisela Striker, “Greek Ethics and Moral Theory”, en *The Tanner Lectures on Human Values*. Vol. 9, ed. Grethe B. Peterson (Salt Lake City: University of Utah Press, 1988), 183.

<sup>37</sup> Annas, *The Morality of Happiness*, 4.

<sup>38</sup> Cf. Graciela Vidiella y Osvaldo Guariglia, *Breviario de Ética* (Buenos Aires: Edhasa, 2011), 197.

<sup>39</sup> Cf. Alasdair MacIntyre, *Tras la Virtud* (Barcelona: Crítica, 2004)

<sup>40</sup> Cf. Lawrence Solum, “Virtue Jurisprudence. Towards an Aretaic Theory of Law”, en *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 23, eds. Huppes-Cluysenaer y Cohelo (London-New York: Springer, 2013), 3.

<sup>41</sup> Cf. Lawrence Solum, “Virtue Jurisprudence. A virtue-centred theory of judging”, *Metaphilosophy* 34 (2003): 179.

<sup>42</sup> Amalia Amaya se hace eco también de una tesis de similar tenor: en su opinión, ni el consecuencialismo ni el deontologismo consiguen responder convincentemente a ciertas cuestiones que la filosofía jurídica debe afrontar, entre otras razones, por ser de difícil aplicación a casos concretos; fundamentalmente en relación con los “casos difíciles” o “casos trágicos” que un profesional del derecho debe dirimir (cf. Amaya, *Virtudes Judiciales y Argumentación*, 13-18)

<sup>43</sup> Cf. Solum, “Virtue Jurisprudence. Towards an Aretaic Theory of Law”, 2.

una mirada mayormente comprensiva sobre los problemas clásicos de la filosofía del derecho, y que justamente por eso, involucra una ambiciosa tarea que aún se encuentra en estado programático. En referencia a tal situación, R. Duff afirma que la emergencia de la *Jurisprudencia de la virtud* constituye uno de los rasgos más sobresalientes exhibido por la filosofía jurídica durante las últimas décadas, al contrastar notablemente con la perspectiva dominante asumida por el liberalismo.<sup>44</sup> Por nombrar alguno de estos contrastes agudos, una de las tesis centrales de la primera, en clara oposición al punto de vista asumido por aquel último, es que el objetivo de la ley es hacer virtuosos a los ciudadanos, buscando promover en tal dirección su florecimiento *qua* humanos.

## **2. La *Virtue Jurisprudence* y el acento en las virtudes judiciales**

Conforme lo previamente delineado, la *Virtue Jurisprudence* se caracteriza por constituir un enfoque distintivo de la teoría jurídica normativa que se compromete con la asunción de tres tesis básicas –las cuales habilitan a la vez tres líneas de investigación bajo su rúbrica–: a) el propósito de la ley es auspiciar la excelencia del individuo y la de su comunidad, al crear las condiciones que permiten la práctica de las virtudes; b) el criterio de corrección legal en vistas a la resolución de conflictos, no puede establecerse independientemente del carácter del juez, y por tanto, de las virtudes judiciales; c) la naturaleza de la legalidad se comprende mejor si es entendida en cuanto internalización de las *nomoi*, y por extensión, como la disposición a su obediencia.<sup>45</sup>

En este trabajo me interesa abordar en forma exploratoria la segunda de estas líneas, a saber: la tesis según la cual tanto la explicación como justificación de la práctica de juzgar, requieren de la virtud en cuanto parte ineliminable.<sup>46</sup> En la actualidad, no son pocos los teóricos que adscriben esta perspectiva de análisis: se ha señalado, por ejemplo, que las teorías de la justicia tradicionales han dado mayor preponderancia a la cuestión del diseño adecuado de *instituciones* antes que a la cuestión de las *personas justas*.<sup>47</sup> En tal sentido, este enfoque centrado en el concepto de virtud, considera sumamente promisorio abordar la relación entre moralidad y derecho atendiendo al *carácter* de las personas que integran dichas instituciones. Por tal motivo parece indispensable hacer foco en las virtudes de los protagonistas que aplican el derecho, en este caso, los jueces.

Una de las versiones robustas de esta tesis es defendida precisamente por L. Solum, quien sostiene que el buen juzgar es una función de las virtudes del juez, de manera que se volverá una exigencia crucial la dilucidación de las virtudes judiciales. En esta dirección, el filósofo norteamericano abreva de fuentes aristotélicas, referencia fundamental y prácticamente obligada de los teóricos de la virtud contemporáneos. Para Aristóteles, las virtudes constituían disposiciones estables del carácter de una persona por las que ésta es capaz de obrar correctamente cada vez que las circunstancias lo requieren. De esta suerte, la evaluación moral de las acciones no puede divorciarse del carácter del agente que las ejecuta. O en otros términos, no puede existir un criterio de corrección de la acción independiente de las cualidades o virtudes del sujeto moral. En una tónica similar, Solum defiende la idea de que las virtudes del juez son condiciones

---

<sup>44</sup> Cf. R. A. Duff, “The Limits of Virtue Jurisprudence”, *Metaphilosophy* 34 (2003): 214.

<sup>45</sup> Cf. Solum, “Virtue Jurisprudence. Towards an Aretaic Theory of Law”, 1- 2.

<sup>46</sup> Cf. Solum, “Virtue Jurisprudence. A virtue-centred theory of judging”, 201.

<sup>47</sup> Cf. Guillermo Larigué, “El aguijón de Aristófanes y la moralidad de los jueces”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 36 (2013): 114.

de posibilidad –para emplear una expresión kantiana– de veredictos justos. Esto implica, asimismo, que la moralidad del juez no es externa a la institución del derecho.

Inspirado en el catálogo de excelencias morales e intelectuales que Aristóteles postula, Solum propone las siguientes virtudes en tanto notas distintivas e indispensables que un buen juez debe poseer: incorruptibilidad, coraje, sobriedad, inteligencia, sabiduría, las que encuentran al mismo tiempo unificación en la virtud cardinal de la justicia; pues si algo se presupone de un juez, es que es fundamentalmente justo.<sup>48</sup> Ahora bien, una de las objeciones que esta concepción debe afrontar, es que el buen juzgar no depende de las virtudes del juez, sino simplemente de seguir un procedimiento correcto que garantice el resultado justo. Desde el punto de vista moral, es posible afirmar análogamente que una buena acción puede ser ejecutada por un agente no virtuoso, en la medida en que sea capaz de discriminar el proceso adecuado de deliberación para guiar la acción.

La concepción aretaica dispone de una estrategia central para afrontar la objeción recién planteada: la apelación a los casos difíciles, esto es, aquellos casos en que la ley es demasiado general como para guiarnos en el caso particular, o aquellos casos singularísimos en los que, de aplicarse la ley, se incurriría en una palmaria injusticia. Los defensores de la perspectiva centrada en las virtudes consideran que ni el deontologismo ni el consecuencialismo ofrecen fructíferas posibilidades de resolución, precisamente por ser incapaces de guiarnos en casos particulares. Por consiguiente, ante un caso difícil, es el juez virtuoso quien se encuentra en condiciones de ofrecer –*all things considered*– la mejor solución posible; pues este juez posee las virtudes judiciales: las excelencias intelectuales y morales que le permiten actuar sobresalientemente. Entre ellas, la sabiduría práctica o *frónesis* desempeña un papel central, por ser la virtud en especial referida al caso particular: la captación de los rasgos relevantes de una situación en función de los cuales se delibera y se arriba a una resolución acertada. Esta virtud –que para Aristóteles tenía un papel unificador, puesto que sin ella se es incapaz de ejercitar el resto de las virtudes– se corresponde con un postulado de carácter ontológico: la enorme variabilidad en las circunstancias humanas y en el mundo, hace que una regla o principio general se revelen a veces impotentes para afrontar situaciones inéditas. Por tal razón, es esencial que un agente posea inteligencia práctica o la virtud de la prudencia.

Con todo, no es tan sencillo responder a la objeción previamente delineada. La misma ha generado y sigue generando serias controversias, a las que aquí no podré tratar adecuadamente. Sin embargo, en esta etapa inicial de la investigación puede plantearse que tal diferencia se remite en última instancia a una diferencia de enfoque. La filosofía moral moderna, de cuyos postulados esenciales se hace eco la filosofía jurídica, deja de lado la pretensión medieval y sobre todo antigua de formar agentes virtuosos en función del *telos* último de la vida buena. En la Modernidad, las cuestiones de justicia o estrictamente morales quedan divorciadas de ese *telos*. Es así como la filosofía moral moderna asumirá una pretensión de más modesto alcance: la tematización de la vida humana, no ya como un todo, sino desde una perspectiva más bien fragmentaria, en clara sintonía con el espíritu diseccionador de la ciencia moderna. Entonces, ya no se

---

<sup>48</sup> Amalia Amaya también propone un catálogo análogo de virtudes judiciales: imparcialidad, sobriedad, valentía, sabiduría y justicia. Un interrogante que esta enumeración plantea y que aquí no podremos responder, es si estas virtudes son propias de la función judicial y diferentes de las virtudes morales generales, o si son más bien especificaciones de estas últimas (cf. Amaya, *Virtudes Judiciales y Argumentación*, 27-32)

tratará tanto de la formación íntegra de los seres humanos según sus fines más propios, sino preferentemente de regular sus acciones de modo tal que sus derechos no resulten vulnerados.

Es plausible sostener así que esta mirada típicamente moderna y que actuales teorías jurídico-morales recogen, es parcial o incompleta, ya que con ella hay algo que se pierde, a saber: la complejidad y al mismo tiempo riqueza de los fenómenos humanos. Para seguir con la semejanza que hemos trazado: así como sólo artificialmente puede separarse una acción de la persona que la realiza, sólo artificialmente también puede escindirse una decisión judicial del juez que la enuncia. Por eso aquí abogo por la alternativa que las teorías basadas en la virtud ofrecen, porque ciertamente intentan recuperar esa mirada más comprehensiva que no desatiende las dimensiones plurales que concurren en todo hecho humano. Considero, por tanto, que *el enfoque de la teoría del juzgar centrado en las virtudes, nos proporciona una dimensión más fértil de análisis capaz de ofrecer ulteriormente valiosas pautas normativas.*

### **3. La aproximación al derecho y la justicia desde la empatía**

En conexión con el compromiso teórico más arriba mencionado, intentaré seguir una pista que el mismo Solum provee, esto es, que la lista de virtudes por él propuesta pretende ser ilustrativa mas no exhaustiva.<sup>49</sup> Ello nos libera el camino para pensar en la incorporación de otras virtudes. Y en tal orientación se encamina mi actual tentativa, por la que planteo a título exploratorio la incorporación de la virtud de la *compasión*, una virtud no atendida por Solum dada su extrema fidelidad al esquema aristotélico. A tal respecto, la pregunta central que me formulo es la de si es deseable que además de justos, sobrios, prudentes, etc., los jueces sean compasivos, o en términos quizá más familiares y menos problemáticos, empáticos. Intuitivamente, mi respuesta es afirmativa.

Lo que me lleva a tematizar la compasión en cuanto virtud judicial se desprende de dos tesis a las que adhiero: 1) la compasión constituye un rasgo deseable en los seres humanos, tratándose en consecuencia de una virtud esencial de cara a nuestra vida moral; 2) dado que el ejercicio de un rol no puede divorciarse a mi parecer de los requerimientos de la moralidad, es deseable que un profesional o funcionario exhiba en su accionar la virtud de la compasión. Si bien es posible establecer contrastes, en este artículo usaré compasión y empatía de manera intercambiable.<sup>50</sup> Un primer problema que sale a nuestro encuentro y que se vuelve acuciante responder es el siguiente: un juez compasivo podría dictar sentencias injustas, precisamente por empatizar demasiado con alguna de las partes. Esto sería desastroso si, por ejemplo, la pena dictada a un criminal

---

<sup>49</sup> Cf. Solum, "Virtue Jurisprudence. A virtue-centred theory of judging", 189.

<sup>50</sup> El término "empatía", a diferencia del de "compasión", ingresó en la jerga filosófica mucho más tardíamente, recién en el Siglo XX y de la mano de la psicología. Además, a diferencia de la empatía, la compasión suele tener en el lenguaje ordinario una connotación peyorativa, al asociársela con la lástima. Sin embargo, un examen más cuidadoso, sobre todo desde el punto de vista etimológico, deshace semejante impresión: pues compasión y empatía son descendientes directos del vocablo griego *pathos*, el cual suele traducirse como pasión, padecimiento, afección, sentimiento. Por su parte, compasión (compasión) significa literalmente "sentir" o "padecer" *con* otro, o en términos análogos, sentirse afectado por lo que otro siente o experimenta. Por su parte, empatía se deriva también del término *pathos* y significa algo así como estar imbuido de pasión, esto es, emocionado o afectado. En la literatura filosófica contemporánea, se ha privilegiado el uso del término empatía por sobre el de compasión. No obstante, y más allá de todos los matices que puedan señalarse, me interesa destacar aquí que ambos términos están compuestos de manera esencial por el vocablo "pathos", de modo que tanto empatía como compasión refieren centralmente a la capacidad de sentirse afectado.

se viera considerablemente menguada porque al oír su historia de vida, el juez se conmueve profundamente y, producto de esta afección, dictamina un castigo injusto. Para expresarlo en términos más precisos: la compasión o empatía judicial pondría en riesgo la *imparcialidad*, cualidad indeclinable que todo juez debe poseer. Trataré de esbozar en lo que sigue una tentativa de solución o, más bien, señalar ciertas vías por las que podría hacerse frente a semejante problema.

Sólo muy recientemente y en forma bastante embrionaria, se ha comenzado a subrayar la importancia de la empatía para la jurisprudencia y el derecho. Quizá el intento más radical sea el del filósofo norteamericano Michael Slote, quien pretende fundamentar nociones básicas como las de justicia social y legal sobre bases sentimentalistas, en el marco de una ética de la virtud.<sup>51</sup> A contrapelo de lo que suele pensarse, se sostiene desde esta perspectiva que los jueces han de ser capaces de experimentar empatía para presidir juicios justos y proporcionar veredictos imparciales. El criterio general subyacente a esta concepción es el siguiente: las leyes, instituciones y costumbres son justas si y sólo si aquellos que las promulgan, mantienen o participan en ellas, no carecen de concernimiento empático hacia las personas o grupos de personas a las que las primeras envuelven.<sup>52</sup>

Ahora bien, ¿qué es lo que entiende Slote por “empatía”? En su opinión, la misma involucra una especie de unidad –*oneness*– e identificación con los otros. De esta suerte, cuando alguien dice por ejemplo “siento tu dolor”, es indicativo de la presencia de este tipo de emoción.<sup>53</sup> Luego pareciera ser que una nota distintiva de la empatía, es la sensibilidad específica hacia el infortunio o sufrimiento que aqueja a nuestros congéneres –ya sean cercanos o bien lejanos a nosotros–. En esta tónica, Slote sostiene que la empatía se sitúa muy cerca de la *compasión*. Ello es así porque tendemos a empatizar mayormente con aquellos que han caído en desgracia o atraviesan una mala situación. Según este autor, la moralidad descansa precisamente en la capacidad que una persona tiene de experimentar empatía hacia otros seres. Bajo tales premisas, Slote llega a decir directamente que las leyes e instituciones no deberían reflejar una carencia de compasión –*a lack of compassion*–.<sup>54</sup>

Planteemos nuevamente la objeción que una posición vindicatoria de la empatía debe afrontar: el riesgo que ello entraña para la práctica de la justicia y la imparcialidad. Consciente de este problema, Slote dispone de una interesante estrategia defensiva ante el objetor: un juez que aplica un castigo débil –como en el ejemplo más arriba mencionado– muestra por un lado una gran empatía hacia el convicto, pero su conducta evidencia por el otro, *una falta de empatía* hacia aquellos afectados por la conducta del criminal o hacia aquellos que potencialmente podrían serlo en el futuro.<sup>55</sup>

A pesar de visibilizar un agudo contrapunto, creo que la respuesta de Slote no resulta enteramente satisfactoria, ya que en definitiva no nos está ofreciendo un criterio normativo en base al cual pueda orientarse la disposición empática sin que ello actúe en

---

<sup>51</sup> Cf. Michael Slote, *Moral Sentimentalism* (Oxford: Oxford University Press, 2010)

<sup>52</sup> Cf. Michael Slote, "Empathy, Law and Justice", en *Law, Virtue and Justice*, eds. A. Amaya y H. Hock Lai (Oxford: Hart Publishing, 2013), 282.

<sup>53</sup> Cf. Slote, "Empathy, Law and Justice", 281

<sup>54</sup> Cf. Slote, "Empathy, Law and Justice", 287.

<sup>55</sup> Cf. Slote, "Empathy, Law and Justice", 288.

detrimento de la imparcialidad. Su argumento es más bien de calibre descriptivo: pues simplemente nos dice que un juez actúa justamente cuando exhibe una actitud empática no parcial, esto es, direccionada en forma equilibrada hacia todas las partes involucradas. De esta manera, la tentativa de Slote parece enmarcarse más bien en la psicología moral antes que en la ética normativa. Pero mi compromiso aquí es con una ética judicial informada por cuestiones normativas. A este respecto, me hago eco de las palabras de Amalia Amaya:

“La ética jurídica aspira a elaborar estándares de conducta profesional que permitan a los juristas ser buenos jueces, buenos abogados y, también, buenas personas. O dicho de otra manera, la ética jurídica trata de proporcionar una guía de conducta que dé cuenta de cómo un profesional del derecho puede actuar moralmente en el contexto de su profesión.”<sup>56</sup>

Luego, si mi apuesta es aquí la defensa de la tesis conforme con la cual es deseable la existencia de jueces compasivos –dada la relevancia de la compasión para la moralidad–, debo indicar de qué forma podrían serlo sin dejar de ser imparciales. Dada la complejidad de la cuestión y la fase más bien inicial en la que mi investigación se encuentra, no me será posible ofrecer una respuesta completamente satisfactoria que logre atender a todos los aspectos involucrados en tan espinosa cuestión. De modo que me contentaré con indicar algunas pistas que nos servirán principalmente por su valor heurístico.

En primer lugar, apelar a la empatía en cuanto parte esencial de la moralidad no nos compromete necesariamente con una ética sentimental de corte irracional. Es cierto que las teorías morales que postulan a los sentimientos como base exclusiva o dominante de la moralidad, tienden a subordinar o desdibujar el rol de la razón: se muestran escépticas frente a la posibilidad de que normas o principios generales logren motivarnos y guiarnos en la acción, quedando así expuestas a una suerte de subjetivismo. Si la moral se trata a la postre de una cuestión de sentimiento –que puede un agente eventualmente poseer o no–, entonces es imposible para la ética devenir normativa –pues las normas o “razones para la acción” carecen para esta tesitura de fuerza motivacional, dado que sólo las pasiones consiguen hacerlo–. Por lo demás, este tipo de teorías suelen presentar un antagonismo irreconciliable entre razón y pasión.

Creo sin embargo que, reconocer la importancia de ciertas emociones o sentimientos para nuestra vida moral, no tiene por qué conducirnos inexorablemente hacia una posición tan extrema. En este sentido, la ética de la virtud de corte aristotélico o neo-aristotélico nos proporciona un antídoto eficaz: pues para este enfoque es perfectamente compatible sostener a un tiempo la relevancia decisiva de las emociones morales junto con el papel regente de la razón. De hecho, el concepto aristotélico de virtud involucra sustancialmente la capacidad de actuar apropiadamente en cada situación que se presenta desde una disposición anímica adecuada, es decir, a partir de una emoción “correcta”. Pero en este punto es la razón quien de alguna manera regula las emociones: hay respuestas emocionales apropiadas e inapropiadas, siendo aquélla la única capaz de determinarlo. En la óptica aristotélica, el agente virtuoso sabe cómo actuar en el momento oportuno por las razones correctas y desde una disposición recta. Si trasladamos este esquema conceptual a la práctica judicial, podemos decir que un juez virtuoso es aquel capaz de deliberar correctamente y arribar a una sentencia justa, haciendo todo esto, además, desde una disposición emocional adecuada. Cuando un

---

<sup>56</sup> Amaya, *Virtudes Judiciales y Argumentación*, 13.

determinado sentimiento –como el desagrado que eventualmente le provocaría una de las partes– puede llevarlo a privilegiar injustamente a la otra, entonces la razón práctica es capaz de actuar como correctivo. Si una emoción lo inclinara a la parcialidad, la razón podría rectificar este rumbo erróneo reconduciéndolo hacia la imparcialidad –y por tanto hacia la consideración de los otros puntos de vista que ha ignorado–. Aunque se supone que un juez virtuoso, al poseer las emociones adecuadas, no podría sucumbir ante semejante emoción.

De lo precedentemente expuesto puede colegirse que las emociones, desde la perspectiva aristotélica, son permeables a la razón y se dejan modelar por ella; en consecuencia, es posible una educación sentimental. Esto habilita suponer que las emociones son “inteligentes” o que poseen al menos algún componente cognitivo. En esta dirección se encaminan estudios recientes sobre la empatía provenientes del campo de la psicología<sup>57</sup> y que filósofos morales y de la mente recogen en función de sus propias teorizaciones. Tal cosa nos da pie para proseguir dando razones de por qué la empatía o la compasión no atentarían necesariamente contra la imparcialidad del juez.

En segundo lugar, entonces, es dable señalar una dimensión doble que traspasa a la empatía –tal como Hoffman señala en su influyente libro–: una dimensión afectiva y una dimensión cognitiva. Si la empatía se tratara de una respuesta puramente afectiva, nos quedaríamos muy probablemente sin armas defensivas para hacer frente a la mentada objeción. Con todo, el hecho de que esté atravesada también por un elemento cognitivo, nos autoriza suponer su compatibilidad o posibilidad de inclusión en una teoría de signo racionalista. No es casual que el mismo Slote, quien abreva por su parte en la ética humeana, termine por oponer su enfoque sentimental a la ética racional: lo hace al parecer por privilegiar a la empatía en su vertiente afectiva. Esta observación es realizada por John Deigh.<sup>58</sup> No obstante, y tal como este último advierte, incorporar a la empatía en una teoría moral o jurídica no conlleva en absoluto el riesgo del sentimentalismo irracional. Por el contrario –continúa–, incluso un enfoque racionalista como el kantiano admite en su seno la inclusión de la empatía, siempre y cuando sea ésta tomada en su faceta cognitiva.<sup>59</sup>

Ahora bien, ¿en qué consiste ese rasgo cognitivo? Según Hoffman –cuyos desarrollos teóricos son tomados como punto de partida por los autores anteriormente mencionados–, el mismo es definido en cuanto “apercepción cognitiva de los pensamientos, sentimientos, percepciones e intenciones de otras personas”.<sup>60</sup> En palabras similares, esta clase de empatía es la aptitud por virtud de la cual somos capaces de ponernos en lugar de los otros y considerar así diferentes perspectivas. A diferencia de esta habilidad cognitiva, la empatía en su faceta afectiva se caracteriza por ser una respuesta emotiva hacia otras personas. Sentados estos contrastes, creo que estamos en condiciones de remarcar en qué dirección la empatía –en el primer sentido– es capaz de desempeñar un importante rol en la práctica judicial: pues la destreza para considerar diferentes perspectivas –los pensamientos, deseos o intenciones de las personas– parece constituir incontestablemente parte esencial de la labor de los jueces.

---

<sup>57</sup> Cf. Martin Hoffman, *Empathy and Moral Development* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000)

<sup>58</sup> Cf. John Deigh, “Empathy in Law (A Response to Slote)”, en *Law, Virtue and Justice*, eds. A. Amaya y H. Hock Lai (Oxford: Hart Publishing, 2013), 293.

<sup>59</sup> Cf. John Deigh, “Empathy in Law (A Response to Slote)”, 297.

<sup>60</sup> Cf. Martin Hoffman, *Empathy and Moral Development*, 29-30.

Aún más: podría decirse que la imparcialidad de las sentencias judiciales depende en buena medida de que el juez haya considerado previamente y en forma equilibrada, todas las perspectivas de los actores involucrados en el caso.

#### **4. A modo de cierre**

He comenzado refiriéndome en este trabajo al giro aretaico que la filosofía del derecho emprendió en los últimos decenios del Siglo XX. He intentado evidenciar su parentesco directo con la ética de la virtud y de qué manera este último concepto se vierte al ámbito jurídico. En especial, hice alusión a la llamada *Virtue Jurisprudence*, una promisoriosa y reciente línea de investigación en filosofía del derecho que, entre sus principales pretensiones, se propone tematizar las virtudes judiciales, señalando al unísono su importancia capital. Alineándome con este enfoque, he propuesto a la compasión o empatía como a otra de las virtudes judiciales, señalando a un tiempo qué tipo de desafíos o problemas se derivan de esta propuesta. En especial, la objeción que sale a su encuentro es la de cómo hacer para que la empatía no erosione la imparcialidad, virtud por antonomasia de un juez.

Se ha tematizado al respecto el planteo de Michael Slote, quien en forma novedosa propone no sólo incorporar a la empatía en la teoría de la justicia legal, sino incluso postularla como su fundamento. Pero he tratado de poner de manifiesto que un enfoque de ese tipo, fuertemente comprometido con un sentimentalismo de sesgo irracional, no se muestra del todo potente para hacer frente a aquella objeción. Sin embargo, lejos de concluir a partir de la debilidad de la teoría de Slote que sería mejor prescindir de la empatía dentro de la ética judicial, he tratado de apuntar una estrategia para salvaguardarla: en la medida en que la empatía exhibe una dimensión cognitiva, ello permite y hace deseable su inclusión en la esfera de las virtudes judiciales. Un juez empático es aquel proclive a tomar en cuenta todas las perspectivas y puntos de vista en juego, de manera que parece tratarse de una cualidad indispensable para garantizar la imparcialidad. Finalmente, quisiera expresar que si bien este trabajo ha tenido un carácter un tanto programático, he tratado al menos de bosquejar las líneas fundamentales que continuaré profundizando en próximos trabajos. Creo que el estado embrionario en que se encuentran actualmente las teorías sobre la justicia con una fuerte nota en la empatía, motiva aún más mi intención de proseguir por este camino: resta por tanto mucho por hacerse.



# ÉTICA DE LAS CREENCIAS Y DEFENSA LEGAL

Hugo Omar Seleme<sup>61</sup>

**Resumen:** La ética legal ha estado concentrada en evaluar las acciones y las actitudes no proposicionales de los abogados. En el primer caso han establecido un catálogo de deberes y en el segundo una lista de virtudes. Este trabajo aborda el tema de la evaluación moral de las actitudes proposicionales, específicamente las creencias.

El trabajo explora la relevancia de los valores políticos para evaluar las creencias que los abogados defensores tienen con relación a sus clientes. El mismo presenta una concepción no-evidencialista según la cual los valores políticos – entendidos como algo diferente a las consideraciones epistémicas, prudenciales o de moral individual – son relevantes a la hora de evaluar dichas creencias.

**Palabras clave:** no-evidencialismo - actitudes no-proposicionales- abogado defensor.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, las consideraciones morales han sido relevantes para evaluar las acciones y las actitudes o virtudes de los abogados encargados de la defensa legal. No obstante, existe un aspecto del ejercicio de la defensa que la ética legal no ha explorado y que es el objeto del presente trabajo. Se trata de la evaluación moral de las creencias – y no sólo de las acciones o los rasgos de carácter – de quienes ejercen la defensa profesional. La pregunta que interesa abordar es la siguiente, ¿tiene el abogado defensor razones de moralidad política para poseer ciertas creencias en relación con su cliente?

El marco teórico en el que se articula el problema que pretendo abordar se conoce en filosofía moral como *Ética de las Creencias*. Esta rama de la filosofía moral se ocupa de las normas – epistémicas, prudenciales y morales – que gobiernan nuestra formación de creencias. Desde que William Kingdom Clifford publicase su trabajo seminal “The Ethics of Beliefs”<sup>62</sup>, un intenso debate ha tenido lugar acerca del tipo de requerimientos morales que se aplican a las creencias<sup>63</sup>. Mientras Clifford defendía lo que luego pasó a conocerse como “Evidencialismo” – la idea de que es moralmente incorrecto creer algo cuando no se tiene evidencia suficiente – quien primero reaccionó a su artículo – William James – defendió una variante pragmatista de No-Evidencialismo. En “The Will to Believe” James sostenía que en algunos contextos es

---

<sup>61</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Investigador independiente de CONICET. Director del Programa en Ética y Teoría Política. Profesor titular de la Cátedra de Ética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor del Heidelberg Center for Latin America. Director de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: hugoseleme@gmail.com.

<sup>62</sup>William. K. Clifford, “The Ethics of Belief,” in *The Ethics of Belief and Other Essays*, ed. Timothy Madigan (Amherst, MA: Prometheus, 1999), 70–96.

<sup>63</sup>Las reflexiones sobre la ética de las creencias, sin embargo, no comenzaron con Clifford. John Locke al discutir el problema de la Fe en su *An Essay Concerning Human Understanding* ya había defendido una posición evidencialista semejante a la de Clifford. Locke asentaba su variante moralista de evidencialismo sobre su concepción metaética del mandato divino. Cfr. John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (Oxford: Clarendon Press, 1975) Una variante de Evidencialismo todavía anterior a la de Locke puede encontrarse en las Meditaciones de Descartes.

permisible y hasta obligatorio tener ciertas creencias aun si no existe suficiente evidencia que las respalden<sup>64</sup>.

Una de las aristas del debate ha estado referida al tipo de valores o normas que tienen relevancia a la hora de formar, mantener u abandonar nuestras creencias. Algunos – siguiendo a Clifford – han señalado que lo relevante son los valores epistémicos, otros han defendido la relevancia de los valores morales, y un tercer grupo – siguiendo a James – han puesto el énfasis en consideraciones prudenciales. El presente trabajo explora un aspecto novedoso y desatendido: la relevancia de los valores políticos. El mismo presenta una concepción no-evidencialista según la cual los valores políticos – entendidos como algo diferente a las consideraciones epistémicas, prudenciales o de moral individual - son relevantes para evaluar la formación de creencias de los abogados defensores.

La mayor parte de la ética legal ha estado concentrada en evaluar las acciones y las actitudes no proposicionales de los abogados. En el primer caso han establecido un catálogo de deberes y en el segundo una lista de virtudes. El presente trabajo se vincula con la evaluación moral de las actitudes proposicionales, específicamente las creencias. ¿Tienen los abogados razones de moralidad política para albergar ciertas creencias en relación con sus clientes?

## 2. EL PROBLEMA

Para visualizar el problema que pretendo abordar puede ser de utilidad presentar una situación hipotética. Imagine que Ud. ha sido acusado de robar y está enfrentando un juicio. Un abogado se ha encargado de su defensa y ha argumentado celosamente por su inocencia. Ud. le ha repetido desde que lo contrató que, más allá de la evidencia en su contra, Ud. Es inocente.

El abogado tiene que preparar los alegatos finales y para eso lo ha citado en su lujoso despacho. A Ud. siempre le han llamado la atención unas pequeñas figuras de porcelana que tiene sobre el escritorio. Ud. está casi seguro de que se trata de porcelana china y en esta ocasión, como en las anteriores oportunidades que ha estado en el despacho, se detiene a verlas. Mientras Ud. conversa con su abogado ocasionalmente se distrae observando las figuras. Ud. insiste en que ha sido acusado falsamente del robo. Ud. no es un ladrón. El abogado lo escucha tomando nota de sus dichos.

De repente una secretaria entra al despacho y le dice a su abogado que tiene una comunicación telefónica urgente que debe atender en la oficina contigua. El abogado se excusa por dejarlo sólo unos instantes, pero gentilmente le explica que es una llamada impostergable. Antes de abandonar el despacho recoge todas las piezas de porcelana y las coloca en un cajón que cierra con llave.

Ud. se queda un poco aturdido por la escena, y piensa: “¿Por qué ha guardado las piezas? ¿Cree que se las voy a robar? ¿Acaso no le he dicho que no soy un ladrón? ¿Cree que soy culpable del robo a pesar de que está sosteniendo en el juicio que soy inocente?” Luego de que la primera oleada de preguntas ha pasado Ud. se tranquiliza y piensa que tal vez ha guardado las piezas por otro motivo. Tal vez se trata de una acción mecánica que no tiene mayor significado. Una vez que regrese – se dice a sí mismo – le preguntará por lo sucedido y todo quedará aclarado.

Ni bien el abogado vuelve a la oficina Ud. le hace la pregunta que le ha estado dando vuelta por la cabeza. Le pide una explicación por su conducta. El abogado, un poco perplejo, responde: “Es algo que hago usualmente. Como Ud. imaginará en mi

---

<sup>64</sup> William James, “The Will to Believe,” en *The Will to Believe and Other Essays in Popular Philosophy*, ed. Frederick Burkhardt, Fredson Bowers, y Ignas Skrupskelis (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1979), 291–341.

profesión no me cruzo con la gente más honesta del mundo, así que es lógico que tome mis recaudos.” La respuesta lo deja un poco descolocado, después de todo Ud. le ha dicho mil veces que es inocente y que no es un ladrón, así que vuelve a preguntarle “¿Pero Ud. no creerá que soy un ladrón?”. El abogado le recita una respuesta que parece haberse repetido a sí mismo muchas veces “Lo que yo crea o no con relación a Ud. es irrelevante. Mi trabajo consiste en defenderlo, cuestionar la evidencia en su contra e intentar mostrar que su culpabilidad no está probada. Mi trabajo es encontrar defensas legales, no tener creencias.”

¿Cómo se sentiría Ud. con esta respuesta? Creo que pocos clientes, que no hayan pasado por la facultad de derecho, se quedarían satisfechos. Si tuviesen la posibilidad de encontrar un abogado con igual pericia técnica pero que adicionalmente creyese en su inocencia, sin duda optarían por éste. Los clientes esperan que sus abogados no sólo hagan suyos sus intereses, defendiéndolos celosamente, sino que parecen exigir que los abogados muestren deferencia hacia sus dichos. No quieren sólo que el abogado con sus acciones vele por sus intereses. También esperan que sus creencias sean especialmente sensibles a sus afirmaciones.

Lo que el caso muestra es que el cliente pretende que el abogado le sea leal en diferentes aspectos. Un aspecto de la lealtad que debe existir entre abogado y cliente no es controvertido y ha sido muy explorado en la literatura especializada. Se trata de la lealtad en el interés o en la preocupación. El cliente espera que su abogado priorice sus intereses frente a los intereses de los demás. El cliente busca un abogado con capacidades técnicas porque da por sentado que éste las utilizará para promover sus intereses. Sin embargo, el ejemplo muestra que el cliente pretende que el abogado le sea leal en un aspecto menos estudiado y más controvertido. Pretende que el abogado le sea leal en sus creencias. Espera que el abogado esté especialmente inclinado a creer en su inocencia con independencia de la evidencia disponible, sólo porque él lo ha dicho. Pienso que no nos quedaríamos tranquilos si, puestos en la situación del ejemplo, nuestro abogado dijese: “Dada la evidencia disponible, y a pesar de que Ud. me dice que es inocente, no tengo más razones para creer que es inocente que las que dispongo para creer que es un ladrón. Esa es el motivo por el que tomo la precaución de guardar la porcelana. Sin embargo, defenderé su inocencia y protegeré sus intereses con todas mis herramientas técnicas.”

En lo que sigue me detendré primero a especificar en qué consiste la exigencia de lealtad en las creencias que el cliente formula a su abogado (sección 3). A continuación exploraré las razones que existen para justificar las exigencias de lealtad en las creencias en un caso paradigmático: la amistad. Argumentaré para mostrar que el rasgo de las relaciones de amistad que hace surgir estas exigencias de lealtad se encuentra también presente en la relación abogado/cliente (sección 4). Finalmente, me detendré a mostrar las razones de moralidad política que justifican las exigencias de lealtad en las creencias del abogado defensor (sección 5).

### **3. LEALTAD EN LAS CREENCIAS**

Para entender en qué consiste la lealtad en las creencias puede ser de utilidad analizar un caso paradigmático de este tipo de lealtad: las relaciones de amistad. Supongamos que un amigo está acusado de cometer un delito, acusación que él niega. Si la evidencia en su contra es fuerte, pero no es concluyente es seguro que tendremos una tendencia a creer en lo que dice nuestro amigo más allá de la evidencia<sup>65</sup>. Nuestro amigo espera que le creamos, no espera solo que le digamos que le creamos o que defendamos sus

---

<sup>65</sup>Simon Keller, *The Limits of Loyalty*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 27.

intereses como si le creyésemos. Espera que estemos de su lado, no que finjamos estarlo<sup>66</sup>. Más aun, sentiríamos que hemos fallado como amigos si esto no sucediese y no nos conformáramos con actuar como si le creyésemos.

Aunque se trata de un aspecto de la amistad que hasta hace poco había sido pasado por alto por los teóricos, los amigos esperan “something other than an impartial and disinterested review of the evidence where they are concerned.”<sup>67</sup> Un buen amigo “...does not defend her friend outwardly (which we earlier agreed a good friend would do) while inwardly believing the worst of her friend...”<sup>68</sup> La amistad no sólo involucra la exigencia de ser leal a los intereses del amigo, sino también la de ser leal en las creencias. Los amigos no sólo son leales en sus acciones sino también en las opiniones o creencias que tienen del otro.

A pesar de que es indudable que la lealtad es un ingrediente de la amistad, conceptualizarla no ha sido una empresa pacífica. Algunas concepciones de la lealtad ponen especial acento en la promoción prioritaria de intereses. Philip Pettit, por ejemplo, afirma que ser leal a alguien equivale a estar “...dedicated to a particular individual’s welfare...”<sup>69</sup> Esta concepción de la lealtad es la que se encuentra presente en las concepciones tradicionales de la amistad. No obstante, pienso que se trata de una concepción equivocada de lealtad la que indefectiblemente conduce a que las concepciones de amistad que la adoptan sean igualmente defectuosas.

Este modo de concebir la lealtad es inadecuada porque, tal como señala Simon Keller, priorizar los intereses de un individuo no es ni necesario ni suficiente para mostrar lealtad hacia él.<sup>70</sup> No es suficiente porque uno puede priorizar los intereses de alguien por consideraciones distintas a las vinculadas a la lealtad, por ejemplo por consideraciones impersonales vinculadas con la justicia de su reclamo. Si pienso que entre dos reclamos conflictivos uno tiene más peso que el otro y decido priorizarlo, tal cosa no puede contar como una muestra de lealtad. He priorizado los intereses de un individuo, pero no le he sido leal en ningún sentido.

Priorizar los intereses tampoco es necesario para que exista lealtad porque existen manifestaciones de lealtad que no están vinculadas con la promoción de intereses. Alguien es leal en relación con otro, por ejemplo, por identificarse con él. En esta manifestación de lealtad la persona leal “...treats the thing to which she is loyal as though it was her, feeling as she would feel and acting as she would act if certain things that are true of it were true of her...”<sup>71</sup> Otra expresión de lealtad no vinculada con la promoción de intereses tiene que ver con la defensa de aquel a quien se debe lealtad. Si alguien está hablando mal de un amigo, por ejemplo señalando lo incompetente que es, la lealtad exige cuestionar lo que se está diciendo. Esto con total independencia de que esto no tenga ningún impacto en la promoción de sus intereses<sup>72</sup>. Otros modos de expresar lealtad están relacionados con la participación en rituales. Para una persona casada usar el anillo que intercambia con su pareja es una manifestación de lealtad, aunque esto no tenga ningún impacto en la promoción de los intereses del otro<sup>73</sup>. Finalmente, la lealtad en las creencias es una manifestación de lealtad no vinculada con la promoción de intereses.

---

<sup>66</sup>Keller, *The Limits of Loyalty*, 31.

<sup>67</sup>Sarah Stroud, “Epistemic Partiality in Friendship”, *Ethics* 116 (2006): 504.

<sup>68</sup>Stroud, Epistemic Partiality in Friendship, 505.

<sup>69</sup>Philip Pettit, “The Paradox of Loyalty,” *American Philosophical Quarterly* 25 (1988): 163.

<sup>70</sup>Keller, *The Limits of Loyalty*, 9.

<sup>71</sup>Keller, *The Limits of Loyalty*, 6.

<sup>72</sup>Keller denomina a este tipo de lealtad “loyalty in advocacy”.

<sup>73</sup>Keller, *The Limits of Loyalty*, 5.

La lealtad a alguien es expresada como lealtad en las creencias si "...being loyal to X inclines you to hold or resist certain beliefs, independently of the evidence..."<sup>74</sup> Este tipo de lealtad puede manifestarse de diferentes maneras. La primera manifestación se refiere a la forma en que procesamos los datos que se refieren a la persona que debemos lealtad. Stroud señala que "...we tend to devote more energy to defeating or minimizing the impact of unfavorable data than we otherwise would..."<sup>75</sup> Si alguien afirma algo malo acerca del objeto de nuestra lealtad "...we are more likely to ask ourselves various questions about the person telling the story, the answers to which could discredit the evidence being presented... we will go to greater lengths... to construct and to entertain alternative and less damning interpretations of the reported conduct..."<sup>76</sup> La segunda manifestación no tiene que ver con el proceso por el cual formamos nuestras creencias sino con los resultados. Cuando debemos a alguien lealtad hacemos en relación con ella diferentes inferencias y obtenemos diferentes conclusiones que las que obtendríamos si tal lealtad no existiese. No solo insumimos tiempo construyendo interpretaciones de sus acciones que sean más favorables, sino que tenemos la tendencia a creer estas explicaciones alternativas. Como consecuencia existe una probabilidad menor de que creamos que alguien a quien debemos lealtad hizo algo malo que la que existiría si no le debiésemos lealtad<sup>77</sup>.

Estas dos manifestaciones de la lealtad no hacen que los individuos se vuelvan ciegos a los hechos. La lealtad sólo produce que se tienda a interpretarlos de una manera diferente, más favorable a la persona a quien se es leal. Los recursos para lograr este objetivo son los que varían de una situación a otra. Stroud ha identificado los siguientes. En primer lugar, se puede intentar desacreditar la evidencia en contra de quien se tiene lealtad. En segundo lugar, pueden aceptarse los hechos pero interpretarlos de una manera que sea menos dañina. En tercer lugar, si la acción no puede reinterpretarse, entonces se la puede vincular a un rasgo de carácter valioso o virtuoso. En cuarto lugar, puede aceptarse que la evidencia es signo de un rasgo negativo en las acciones o el carácter de la persona, e intentar mostrar que estos rasgos forman parte de una virtud mayor. Finalmente, se puede reconocer la mala acción o el mal rasgo de carácter pero restarle importancia en la caracterización general de la persona<sup>78</sup>.

Para conceptualizar a la lealtad en las creencias no basta con enunciar sus manifestaciones y establecer los mecanismos que las provocan, es necesario adicionalmente identificar sus elementos. Estos son tres. En primer lugar, la lealtad exige cierto vínculo emocional con la persona respecto a la cual se es leal. Debe existir una tendencia a albergar o resistir ciertas creencias en relación con quien se es leal "...that is not fully answer able to you rrational or considered judgment..."<sup>79</sup> Alguien espera que su amigo le crea cuando afirma su inocencia no meramente por consideraciones racionales o vinculadas con la evidencia disponible en el caso. Espera que crea en sus dichos con independencia de estas consideraciones. En segundo lugar, exige que lo que nos mueve a creer sean, en parte, consideraciones vinculadas con la persona respecto de la cual se es leal. Alguien espera que su amigo crea en sus dichos porque *él* ha dicho que es inocente. Espera que sus dichos por ser *suyos* tengan especial incidencia en las creencias de su amigo<sup>80</sup>. En tercer lugar, lo que nos mueve a creer

---

<sup>74</sup>Keller, *The Limits of Loyalty*, 6.

<sup>75</sup>Stroud, "Epistemic Partiality in Friendship", 505.

<sup>76</sup>Stroud, "Epistemic Partiality in Friendship", 505–506.

<sup>77</sup>Stroud, "Epistemic Partiality in Friendship", 506.

<sup>78</sup>Stroud, "Epistemic Partiality in Friendship", 509.

<sup>79</sup>Keller, *The Limits of Loyalty*, 16.

<sup>80</sup>Keller, *The Limits of Loyalty*, 17–18.

tiene que ser la relación especial que existe con la persona a la que se es leal. Alguien espera que su amigo crea en su inocencia no sólo porque es *él* quien afirma su inocencia, sino adicionalmente espera que le crea porque es *su amigo*<sup>81</sup>.

#### 4. LEALTAD EN LAS CREENCIAS AMISTAD Y ABOGACÍA

Nada de lo dicho hasta aquí sirve para justificar el deber de lealtad en las creencias que tienen los amigos y menos aún sirve para sostener que un deber semejante existe entre el abogado y su cliente. Los buenos amigos son leales en las creencias pero ¿qué justifica esta exigencia de lealtad? ¿Las razones que justifican esta exigencia se aplican también al caso del abogado defensor?

El aspecto característico de la amistad que justifica la exigencia de lealtad en las creencias que los amigos recíprocamente se deben, es el hecho de que el vínculo de amistad implica estar abierto a la influencia del otro. Ser amigo de alguien implica estar abierto a ser dirigido por las opiniones e intereses del otro y a ser interpretado por sus juicios<sup>82</sup>. A su vez, una persona está abierta a ser interpretada por las creencias que un amigo tiene de ella por el conocimiento íntimo que la amistad implica<sup>83</sup>. Un amigo es alguien que conoce todo de nosotros, es alguien que nos conoce mejor que nosotros mismos de allí la importancia que otorgamos a sus opiniones sobre nuestra persona. Por último, el valor que es posible alcanzar en la amistad a través de este conocimiento íntimo es el de "...to escape a Little from your individuality, to reduce the intensity of being you..."<sup>84</sup>

Puesto de otro modo, un valor que confieren los amigos a nuestra vida es el de la compañía. Este, por supuesto, no es el único valor de la amistad, pero indudablemente tener un amigo implica no estar sólo, recluso en la propia individualidad. La amistad, en este sentido, relaja los límites y barreras que nos separan de los otros permitiendo que alguien entre a nuestro recinto más íntimo. Este conocimiento íntimo que los amigos poseen de nosotros nos vuelve especialmente receptivos a sus opiniones. Un

---

<sup>81</sup>Keller, *The Limits of Loyalty*, 18–20. Aunque Keller distingue la lealtad de interés y la lealtad en las creencias, parece suponer que de alguna manera se encuentran vinculadas. Así señala: "... when good friends form beliefs about each other, they sometimes respond to considerations that have to do with the needs and interests of their friends, not with aiming at the truth..."Ibid., 25. Hay dos maneras de interpretar este párrafo. O bien se entiende que los intereses que son promovidos por la lealtad en las creencias son de un tipo diferente de aquellos que son promovidos por la lealtad de interés o bien se entiende que son el mismo tipo de interés. Si se opta por lo primero, la lealtad en las creencias se distingue por lo que requiere – la formación y mantenimiento de creencias – y por el objetivo que persigue – promover ciertos intereses específicos –. Si se opta por lo segundo, la lealtad en las creencias se distingue sólo por lo que requiere. En todo otro sentido, permanece idéntica a la lealtad en interés.

<sup>82</sup> Esta visión de la amistad es presentada por Dean Cocking y Janette Kennett, "Friendship and the Self," *Ethics*, no. 108 (1998): 502–27. Estar abierto a ser dirigido e interpretado por otro es el modo en que Cocking y Kennett conciben un rasgo esencial de la amistad: los amigos se preocupan y cuidan del otro. Que la amistad implica este cuidado y preocupación recíproca es aceptado casi unánimemente por quienes se han dedicado a su estudio. Ver Elizabeth Telfer, "Friendship" *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1970, 223–41., Julia Annas, "Plato and Aristotle on Friendship and Altruism," *Mind* 86 (1977): 532–54., Marilyn Friedman, *What Are Friends for? Feminist Perspectives on Personal Relationships and Moral Theories* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1994)., y Richard White, "Friendship and Commitment," *Journal of Value Inquiry* 39 (1999): 19–34..

<sup>83</sup> Este elemento de intimidad es puesto de manifiesto en Laurence Thomas, "Friendship," *Synthese* 72 (1987): 217–36.. Según Thomas que los amigos se confían recíprocamente aspectos reservados y secretos de sus vidas es lo que ayuda a generar el vínculo de confianza que caracteriza a la amistad. Esta tesis es independiente de la que sostiene que la intimidad es un elemento de la amistad. Cocking and Kennett tienen razón en rechazar la idea de que la confianza se genera por la intimidad. Ver Cocking and Kennett, "Friendship and the Self," 518.. Sin embargo, no creo que a partir de esto pueda negarse que la intimidad es un elemento de la amistad.

<sup>84</sup>Keller, *The Limits of Loyalty*, 38.

amigo es quien nos conoce mejor que nosotros mismos, de allí la importancia que conferimos a las opiniones que tiene sobre nuestra persona. Esto, a su vez, pone a las personas en una posición de vulnerabilidad frente a sus amigos, lo que justifica las especiales exigencias vinculadas con la amistad. Entre éstas se encuentran las exigencias de lealtad en las creencias en sus diferentes manifestaciones.

La especial vulnerabilidad que una persona tiene frente a las opiniones que de ella posee un amigo es lo que justifica que los amigos deban evaluar la evidencia negativa que tienen en relación con la persona a quienes los une un lazo de amistad de un modo escrupuloso, minimizando su impacto, construyendo hipótesis explicativas más favorables. Esto también explica que las personas tengan el deber de someter a un escrutinio estricto a aquellas fuentes de información que arrojan datos negativos sobre quiénes son sus amigos. Esta vulnerabilidad, adicionalmente explica el deber que tienen los amigos, no sólo de brindar interpretaciones alternativas de la evidencia contraria al amigo, sino también el deber de creerlas. Todas estas exigencias intentan prevenir el impacto que puede tener sobre la autoestima y la propia imagen de una persona el juicio negativo equivocado de aquel frente a quien ha relajado sus defensas, mostrándole su costado más íntimo.

Si esta apertura recíproca que los amigos hacen de su intimidad es lo que justifica las especiales exigencias de lealtad en las creencias que sobre ellos pesan, es posible inferir que sobre los abogados defensores pesan exigencias similares. Al menos esto es así en relación con los abogados que ejercen su profesión en el marco de sistemas acusatorios en los que el abogado es un celoso defensor de los intereses de su cliente. A semejanza de lo que sucede en la amistad el abogado le debe a su cliente lealtad en los intereses. El abogado debe otorgar una prioridad especial a la promoción y defensa de los intereses de su cliente, a la defensa de su honor, su libertad, su vida y su propiedad. Esta idea del abogado como celoso defensor de los intereses de su cliente forma parte de lo que William H. Simon denomina “la visión dominante” del ejercicio profesional. Según este modo de concebir la abogacía “the lawyer must-or at least may-pursue any goal of the client through any arguably legal course of action and assert any non frivolous legal claim”<sup>85</sup>.

A diferencia de lo que sucede en la amistad, sin embargo, la lealtad en los intereses del abogado con respecto a su cliente es unidireccional. El abogado debe lealtad a su

---

<sup>85</sup>William H. Simon, *The Practice of Justice: A Theory of Lawyer's Ethics* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998), 7. Las Model Rules of Professional Conduct de la American Bar Association son un claro ejemplo de las reglas que regulan la profesión de abogado en un sistema adversarial. La regla 1.6 (a) establece que “(a) lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client.” Additionally the Model Rules recognizes that “(a) lawyer must also act with commitment and dedication to the interests of the client and with zeal in advocacy upon the client's behalf.” (ABA Model Rules, art.1.3, cmt.1). Este deber debe ser sopesado con el deber de candor establecido en la regla 3.3 (1): “A lawyer shall not knowingly make a false statement of fact or law to a tribunal or fail to correct a false statement of material fact or law previously made to the tribunal by the lawyer...” Con relación a los estándares de prueba, el privilegio abogado-cliente y el privilegio establecido en la quinta enmienda son especialmente importantes.

Los Criminal Justice Standards de la ABA también son relevantes. El standard 4-7.6 establece que “... (t)he interrogation of all witnesses should be conducted fairly, objectively, and with due regard for the dignity and legitimate privacy of the witness, and without seeking to intimidate or humiliate the witness unnecessarily. Defense counsel's belief or knowledge that the witness is telling the truth does not preclude cross-examination...” El estandar 4-7.7 señala que “...in closing argument to the jury, defense counsel may argue all reasonable inferences from the evidence in the record. Defense counsel should not intentionally misstate the evidence or mislead the jury as to the inferences it may draw.” Por ultimo, el standard 4-7.8 enfatiza que “... (d) Defense counsel should not intentionally refer to or argue on the basis of facts outside the record whether at trial or on appeal, unless such facts are matters of common public knowledge based on ordinary human experience or matters of which the court can take judicial notice.”

cliente, pero esta exigencia de lealtad no es recíproca. El cliente no debe lealtad a los intereses de su abogado. Esta similitud parcial entre la relación abogado/cliente y los vínculos de amistad ha sido puesta de manifiesto por Charles Fried en su trabajo seminal "The Lawyer as a Friend"<sup>86</sup>. Para Fried al igual que sucede con los amigos, los abogados pueden mostrar una especial preferencia por los intereses de su cliente sin que esto implique que están incumpliendo sus deberes morales generales, esto es, sin transformarse en malas personas.

Si el abogado va a llevar adelante la celosa defensa de los intereses de su cliente, característica del sistema acusatorio, necesita tener acceso a un cúmulo de información referida a su cliente. Mientras más información relevante para la causa posea el abogado, mayores son sus posibilidades de ejercitar una defensa exitosa. Sin embargo, como el juicio sobre qué información es relevante para la causa y cuál no sólo puede ser formulado desde el punto de vista experto del abogado, es necesario que el cliente ofrezca al abogado cualquier información, aun si de acuerdo con su criterio la posibilidad de que sea relevante para la defensa es mínima. El abogado es el que, luego de recibida la información, realizará una criba para determinar cuál es útil para la defensa y cuál no<sup>87</sup>.

Al igual que sucede en la amistad, en la relación abogado/cliente los límites y barreras que protegen la intimidad del cliente deben relajarse frente al abogado. Para que el abogado sea un celoso defensor de los intereses de su cliente éste le permite ingresar al ámbito de su intimidad. Este conocimiento íntimo que el abogado posee del cliente hace que éste se vuelva especialmente receptivo y vulnerable a las opiniones de su abogado. La especial posición de vulnerabilidad en la que es puesto el cliente justifica las especiales exigencias que pesan sobre los abogados. El deber de lealtad en las creencias es una de estas exigencias.

El impacto que un juicio negativo equivocado puede tener sobre la propia imagen y la autoestima del cliente determina que el abogado esté sujeto a exigencias estrictas. Estas exigencias intentan minimizar el daño potencial que el cliente puede padecer. Sobre los abogados pesan exigencias de lealtad en las creencias análogas a las que se aplican en la amistad. La receptividad y vulnerabilidad del cliente a las opiniones de su abogado, dado el conocimiento íntimo que éste tiene de él, explica que a ambas relaciones humanas se apliquen exigencias semejantes.

Esto trae aparejado que, en primer lugar, el abogado a la hora de formar sus creencias debe evaluar la evidencia negativa que tienen en relación con su cliente de un modo escrupuloso, minimizando su impacto al construir hipótesis explicativas más favorables. Así, por ejemplo, si dada toda la evidencia disponible es igualmente probable que el cliente haya matado plenamente consciente o en un estado de emoción violenta, el

---

<sup>86</sup>Charles Fried, "The Lawyer as a Friend: The Moral Foundations of the Lawyer/Client Relationship," *Yale Law Journal* 85 (1976): 1060–89.

<sup>87</sup>La necesidad del abogado de tener acceso a toda la información posible por parte del cliente es generalmente utilizada para justificar el deber de confidencialidad. Este es un punto ulterior de semejanzas entre los deberes que surgen de la amistad y los que surgen de la relación abogado/cliente. Jeremy Bentham y más recientemente David Luban han desarrollado una crítica a esta justificación. Ver David Luban, *Lawyers and Justice* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988), 189–191. Para quienes se sienten atraídos por esta línea de crítica todavía es posible suscribir lo que señalo en el texto sobre la cantidad de información a la que tiene acceso un abogado. Basta que compartan la idea de que para ejercitar una defensa legal eficiente el abogado necesita conocer información del cliente que se encuentra en su esfera de intimidad.

La crítica de Bentham y Luban pone en duda la afirmación de que sin el deber de confidencialidad los clientes vayan a temer revelar información potencialmente relevante. Ambos, sin embargo, no cuestionan que para ejercitar la defensa es necesario que el abogado tenga acceso al mayor monto de información posible. Esto sólo basta para el argumento ofrecido en el texto.

abogado tiene razones para inclinarse por esta última explicación. Al igual que sucede en la amistad, no se trata de que el abogado tenga razones para actuar como si creyese tal cosa sino de que efectivamente la crea.

Adicionalmente, el abogado tiene razones para cuestionar aquellas fuentes de información que ofrecen datos negativos en relación con su cliente. Si un testigo, por ejemplo, señala que escuchó a su cliente planear premeditadamente el homicidio, el abogado debe explorar todas las posibilidades de mostrar que tal testimonio es sesgado y poco creíble. Una vez más, no se trata de que tenga razones para socavar la credibilidad del testigo frente al juez mientras él internamente cree lo contrario. Tiene razones para buscar información que socave la credibilidad del testigo frente a sus propios ojos.

Por último, cuando es imposible construir explicaciones alternativas más favorables al cliente en base a la evidencia disponible, y no es posible cuestionar la fuente de dicha evidencia, el abogado tiene razones para minimizar el impacto que este juicio negativo tiene sobre el juicio general que formula sobre la persona de su cliente. Si los hechos son incontrovertibles y de acuerdo a toda la evidencia el cliente mató de manera premeditada, el abogado tiene razones para no generalizar este juicio negativo a toda la persona del cliente. Específicamente, tiene razones para creer que aunque mató no “es un criminal”. Su acción no es definitiva de su persona. Si bien es muestra de un rasgo de carácter negativo, el cliente posee otros rasgos de carácter positivo que impiden generalizar el juicio negativo a todos los aspectos de su persona.

Que las exigencias de lealtad en las creencias se apliquen a la relación abogado/cliente trae aparejado algunas consecuencias. Las razones que tiene un abogado para evaluar la evidencia y albergar o revisar creencias en relación con su cliente no son todas de índole epistémico. Algunas de ellas, las que surgen de la lealtad, están fundadas en la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el cliente. Es el tipo especial de vínculo que existe entre el abogado y el cliente lo que da lugar a estas razones. Así, por ejemplo, el abogado tiene razones para creerle al cliente que afirma su inocencia que van más allá de la evidencia disponible. Adicionalmente, el abogado tiene razones especiales para creer en la afirmación de inocencia de su cliente porque *él* ha dicho que es inocente. Los dichos de *su* cliente deben tener especial incidencia en sus creencias por *sensu*. Por último, el abogado tiene razones para creer en lo que afirma su cliente debido a la relación especial que mantiene con él. El abogado debe creer en su cliente porque es su *cliente*.

Lo señalado no implica que el abogado deba ser ciego a la evidencia disponible, o que no tenga razones epistémicas para albergar creencias. Simplemente implica que el vínculo abogado/cliente genera razones para creer que se suman a, y muchas veces entran en conflicto con, las razones epistémicas.

## **5. AUTORÍA POLÍTICA Y LEALTAD EN LAS CREENCIAS**

El argumento que he ofrecido hasta aquí sostiene, en primer lugar, que existen rasgos de la relación de amistad que justifican la exigencia moral de lealtad en las creencias. Este rasgo es la vulnerabilidad que una persona tiene a la opinión de quien es su amigo. La vulnerabilidad, a su vez, se funda en el conocimiento íntimo que caracteriza a las relaciones de amistad. Sin este conocimiento recíproco el bien humano que ofrece la amistad – la compañía de otro que nos conoce mejor que nosotros mismos y cuida de nuestros intereses – no es posible de alcanzar. Si esto es así es el vínculo de amistad y las razones morales que lo hacen bueno y valioso lo que justifica en última instancia la lealtad en las creencias que los amigos se deben.

En segundo lugar, el argumento ha mostrado que el cliente tiene en relación con las opiniones de su abogado un grado de vulnerabilidad semejante al que encontramos en la amistad. Al igual que sucede en la amistad la vulnerabilidad se debe al conocimiento íntimo que el abogado debe tener de su cliente para ejercitar la defensa. Sin este conocimiento la celosa defensa que el sistema acusatorio garantiza al cliente no podría ser llevada adelante. Es el vínculo abogado/cliente característico del sistema acusatorio y las razones que lo vuelven valioso lo que justifica la lealtad en las creencias que el abogado debe a su cliente.

El argumento a favor de la lealtad en las creencias del abogado no estará completo hasta que no se hayan ofrecido las razones que justifican el sistema acusatorio y su peculiar modo de configurar el rol del abogado defensor. Como no puede ser de otro modo la justificación del sistema acusatorio depende de una teoría de la legitimidad política. Aunque no puedo detenerme en los detalles aquí, me interesa poner de manifiesto la manera en que la concepción de legitimidad política que defiendo – a la que he denominado la legitimidad como autoría – ofrece razones para justificar el sistema acusatorio y, en última instancia, para justificar la lealtad en las creencias del abogado con relación a su cliente.

La idea básica de la legitimidad como autoría es la siguiente<sup>88</sup>. El ejercicio de la coacción a través de las instituciones jurídicas genera una amenaza para individuos que – en tanto agentes racional – tienen interés en dirigir sus vidas a partir de sus *propias* consideraciones. La amenaza reside en que los cursos de acción que adoptan los individuos, los estados de cosas que soportan y hasta su misma configuración personal, esté determinada por las instituciones estatales en lugar de sus *propias* consideraciones. El riesgo reside en que el interés que tiene cada ciudadano – en tanto agente racional – en ser el *autor* de su propia vida y configuración personal se vea frustrado por la existencia de instituciones coercitivas.

El modo de conjurar esta amenaza, la respuesta al problema, consiste en hacer que los individuos a quienes se aplican coercitivamente las instituciones jurídicas sean colocados por ellas en el rol de *autores*<sup>89</sup>. Si en tanto agente sensible a razones un individuo tiene interés en dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones, en ser su *autor*, y si el carácter coercitivo del esquema institucional puede conspirar en contra de la satisfacción de aquél interés, la solución es hacer que todos aquellos a quienes se aplica sean *autores* del mismo.

Un esquema institucional estatal es legítimo, por tanto, cuando todos aquellos a quienes *establece* como destinatarios son sus *autores*. Dicho de otro modo, un esquema es legítimo cuando satisface las condiciones que permiten imputar su *autoría* a todos aquellos a quienes se aplica. Lo que se requiere es que las instituciones estatales coloquen a los ciudadanos en un determinado rol, el de *autor*. La idea es que los sujetos a quienes se aplican las instituciones no son *autores* del diseño institucional porque lo configuran a través de su participación efectiva sino que es el diseño institucional el que los configura como *autores*. Si un esquema institucional satisface los intereses que los sujetos a quienes se aplica poseen en tanto *autores* entonces los transforma en tales. Puesto que el principal interés que –en tanto *autores*– poseen los ciudadanos en relación con sus instituciones es el de participar efectivamente en su diseño y configuración, si las instituciones *posibilitan* tal cosa entonces son de su *autoría*, esto es, son legítimas.

---

<sup>88</sup> He expuesto esta concepción de legitimidad en Hugo Omar Seleme, “La Legitimidad Como Autoría,” *Revista Brasileira de Filosofia* (2010): 73–99.

<sup>89</sup> Lo señalado presupone que la existencia del Estado se encuentra justificada, tema que no he abordado en el presente trabajo, donde sólo me interesa el problema de la legitimidad.

Un esquema institucional no trata a los ciudadanos como autores cuando no permite que sus opiniones e intereses cuenten a la hora de tomar decisiones. Los trata como meros súbditos, receptores de órdenes, de quienes sólo se pretende obediencia. Siguiendo a Charles Beitz<sup>90</sup> podemos denominar a este interés de autoría como interés en la responsabilidad deliberativa<sup>91</sup>.

El interés en la responsabilidad deliberativa se refiere a la posibilidad de participar en los procedimientos políticos de toma de decisión que se aplican coercitivamente a un individuo. El caso de las condenas penales es un ejemplo paradigmático de decisión coercitiva. El interés reside en que la toma de decisiones colectivas pueda hacerse en base a una deliberación pública suficientemente informada, donde las opiniones e intereses de los afectados puedan ser consideradas y evaluadas responsablemente. Este interés es satisfecho por el sistema acusatorio toda vez que establece que el abogado defensor debe ser un celoso defensor de los intereses de su cliente y un vocero de sus opiniones. Un sistema que impide que los intereses o las opiniones del acusado sean escuchados no satisface el interés que todos los ciudadanos en tanto autores tienen en la responsabilidad deliberativa. En un sistema inquisitivo los ciudadanos son tratados como meros súbditos de quien se requiere sumisión, y no como autores que merecen ser escuchados y respetados.

El sistema acusatorio al garantizar que las opiniones y los intereses de los acusados sean tenidos en cuenta a la hora de dictar sentencia, ubica a los acusados en el rol de autores dentro del proceso penal. Esto a su vez hace que el acusado pueda ser visto como autor de la condena que se le impone. Finalmente, que el acusado sea el autor de la condena hace que la imposición de la misma se encuentre moralmente justificada.

Lo que he señalado en esta última sección es esquemático pero puede ayudar a ver la manera en que las razones de legitimidad política justifican que los abogados deban lealtad en las creencias en relación a sus clientes. El sistema acusatorio se encuentra justificado en la exigencia de tratar a los ciudadanos como autores de las decisiones que se les aplican de modo coercitivo. Los ciudadanos son tratados como autores cuando el entramado institucional permite, entre otras cosas, que sus opiniones e intereses cuenten. La exigencia propia del sistema acusatorio de que los abogados sean celosos defensores de los intereses de sus clientes está orientada a satisfacer este interés de autoría. Esta celosa defensa requiere que el abogado tenga acceso al ámbito de intimidad del cliente. Este acceso a la intimidad del cliente por parte del abogado lo vuelve especialmente vulnerable a sus opiniones, y es esta vulnerabilidad la que justifica las exigencias de lealtad en las creencias que pesan sobre el abogado. Por lo tanto, las razones que en última instancia justifican la lealtad en las creencias del abogado son de índole política y tienen que ver con la exigencia de que los ciudadanos sean tratados como autores.

Las razones de moralidad política que exigen que los ciudadanos sean tratados como autores justifican que los abogados deban a sus clientes lealtad en la promoción de sus intereses. Son estas mismas razones las que fundan la exigencia lealtad en las creencias. Se trata de razones que nada tienen que ver con la verdad de la creencia que el abogado alberga. Son razones políticas, no epistémicas.

---

<sup>90</sup>Charles Beitz, *Political Equality* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1990).

<sup>91</sup> Junto con el interés en la responsabilidad deliberativa existen otros dos intereses de autoría que no analizo en el texto: el interés en el modo de tratamiento y el interés en el reconocimiento.



## UNA APROXIMACIÓN A LA IDEA DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA

Adriana Laura Vercellone<sup>92</sup>

**Resumen:** Usualmente, la idea de responsabilidad política refiere a los juicios de valor o sanciones que recaen sobre un funcionario público por las actividades oficiales que lleva adelante. En el ámbito público de forma cotidiana se realizan imputaciones de este tipo, acusando a una o varias personas la responsabilidad por decisiones colectivas o eventos accidentales. Pero a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad moral o legal, los presupuestos de estos juicios suelen pasar inadvertidos y no están claramente delimitados. Inclusive pareciera que la práctica nos dice más sobre ellos que las teorías sobre responsabilidad. En este trabajo, profundizo en la noción de responsabilidad política, con la intención de examinar algunos de los criterios de los que depende. Un interrogante relevante es si puede deslindarse de la noción moral de responsabilidad, lo que nos llevaría a una extrema posición separatista entre moral y política. Con la certeza de que una tesis así debe descartarse, intentaré esclarecer el rol que juegan los principios políticos en la atribución de responsabilidad. Estas son las preguntas que guían este trabajo esperando esclarecer qué es lo que decimos cuando reprochamos actos de gobierno. La posición que defiendo sostiene que la responsabilidad política no puede constituir una tesis diferente sobre responsabilidad, sino un juicio moral más específico, ya que sus principios juegan un papel fundamental al momento de identificar las razones para atribuir responsabilidad moral.

**Palabras clave:** responsabilidad política- responsabilidad moral.

### 1. Introducción

Atribuir responsabilidad implica reprochar o elogiar a alguien por algo que ha sucedido. Un aspecto saliente de los juicios de responsabilidad es que admiten múltiples acepciones<sup>93</sup>, rasgo que queda especialmente en evidencia en contextos políticos. Así, los enunciados con los que valoramos la actividad política<sup>94</sup> pueden representar numerosas cosas: que alguien ha realizado algo que no nos agrada o se comporta de un modo indecoroso, o que ha sucedido una injusticia en una comunidad y alguien debe hacerse cargo, entre otras posibilidades.

---

<sup>92</sup> Abogada. Maestranda en Derecho y Argumentación. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becaria de SECyT. Proyecto: “*La justificación moral de la atribución de responsabilidad en el ámbito de la administración pública. Análisis en el sistema jurídico Argentino*”. Profesora ayudante de la Cátedra de Ética y profesora adscripta de la Cátedra de Derecho Político. Miembro del Programa de Ética y Teoría Política (CIJS- UNC). Correo electrónico: [adrivercellone@gmail.com](mailto:adrivercellone@gmail.com).

<sup>93</sup> La mayoría de quienes han estudiado el problema de la responsabilidad asumen esto. Ver: Cane Peter, *Responsibility in law and morality* (Hart Publishing 2002); Duff Antony *Answering for crime: Responsibility and liability in the criminal law* (Bloomsbury Publishing 2007); Eshleman Andrew “Moral responsibility”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2008, disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/moral-responsibility/>; Fischer John Martin “Recent work on moral responsibility”, *Ethics*, 1999, 110(1); Fischer John Martin, *My way: Essays on moral responsibility*, (Oxford University Press 2006); Hart Herbert L. A. *Punishment and responsibility: Essays in the philosophy of law* (Oxford University Press 2008).

<sup>94</sup> Me refiero a la *actividad política* en un sentido amplio, como cualquier actuación de los órganos de gobierno y que tienen la potencialidad de afectar a toda una comunidad.

Dada esta ambigüedad, el modo en que se efectúan estos reproches puede percibirse como sumamente difuso y a veces confunden las razones que los ciudadanos tienen para responsabilizar a alguien, con los principios de imputación y los mecanismos en que se manifiesta. Para clarificar la noción de responsabilidad política, quizás sea conveniente primero reconstruir otra idea de responsabilidad a la que estamos más habituados: la responsabilidad moral.

## 2. Responsabilidad moral

Al emitir un enunciado de responsabilidad, lo que hacemos es identificar un evento que ha generado en los demás algún tipo de reacción (positiva o negativa) y que se considera atribuible a alguien en virtud de un principio de imputación<sup>95</sup>. Muchas de nuestras acciones generan en los demás reprensión, elogio, compasión u otra reacción parecida. Por ejemplo, cuando nos enteramos que “X salvó la vida de su amigo” podemos sentir una genuina sensación de aprobación hacia él. Si luego conocemos que en realidad lo hace sólo porque espera obtener una recompensa material a cambio, nuestra reacción puede mudar hacia un gesto de reprobación. Al descubrir que esta persona destina sus recompensas a obras solidarias, probablemente nuestra imagen sobre su conducta sea de nuevo positiva.

De este modo funcionan nuestros juicios de valor: como reacciones que se activan ante las acciones de los otros, sea para reprocharlas, elogiarlas o disculparlas. Desentrañar las condiciones bajo las cuales está justificado realizar este tipo de juicios es el desafío que ha emprendido una parte de la filosofía moral. Precisamente, una teoría moral sobre responsabilidad intenta identificar los principios justificativos de nuestros juicios de imputación para mostrar cuándo existen razones para decir que alguien es o no responsable.

Así, una tesis sobre responsabilidad moral no sólo describe principios de imputación, sino también revisa y explica estos juicios de valor que las personas manifiestan hacia sí y los demás, descartando aquellos que se encuentren injustificados y ajustando sus principios a los que se encuentran justificados, de modo que sean consistentes entre sí. El papel que juegan las intuiciones que las personas tienen hacia las acciones de otros es central en la responsabilidad y constituye uno de los ejes que componen la responsabilidad moral. En ese sentido Fischer y Ravizza entienden que el rol fundamental de una teoría moral es el de acomodar los estándares de responsabilidad de forma tal que coincidan con nuestras intuiciones<sup>96</sup>.

### 2.1 Condiciones de atribución de responsabilidad

La idea estándar de responsabilidad moral sostiene que atribuir responsabilidad significa señalar a una persona como aquella que debe hacerse cargo de algo que es consecuencia de su acción u omisión voluntaria<sup>97</sup>.

Una explicación *causal* de la responsabilidad versa sobre cuál ha sido el principio de la acción o el antecedente que está ligado al efecto que se imputa, y el tipo de vínculo que

---

<sup>95</sup> Eshleman, *Moral responsibility*.

<sup>96</sup> John Martin Fischer & Mark Ravizza, *Perspectives on moral responsibility* (Cornell University Press 1993), 7-8.

<sup>97</sup> Esta idea clásica de responsabilidad tiene su primera formulación en la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles, y recientemente es profundizada por diferentes teóricos contemporáneos. Ver: Aristóteles, *Ética nicomaquea* (Buenos Aires: Losada S.A 2003); Eshleman (2003), obra citada; Scanlon, T. *What we owe to each other* (Belknap Press 1998); Thompson, D. F. *La ética política y el ejercicio de cargos públicos* (Gedisa 1999).

éstos deben guardar para que sea atribuible a alguien (directo o indirecto, mediato, suficiente, etc.). Es decir, refiere a los antecedentes del efecto que se pretende imputar.

Un análisis meramente causal de un suceso puede llevarnos a concluir que un daño ha sido causado por un animal o un accidente de la naturaleza, respecto del cual nadie tiene control alguno. Por ejemplo, recientemente en Córdoba una impredecible inundación generó que más de 1000 personas sean evacuadas y cuantiosas pérdidas materiales en toda la provincia. Mientras las personas pueden reconocer a un diluvio como causa de ese daño, difícilmente reprochen a la naturaleza por ello. Nadie diría *“la lluvia es moralmente responsable de esto”*. Esto es porque existen algunas importantes diferencias en el modo en que las personas actúan sobre el mundo: mientras que la naturaleza y algunos seres vivos pueden ser causa eficiente de sucesos, sólo las personas pueden serlo de forma voluntaria, es decir, tener control de los mismos.

Por esto es que la causalidad no basta para justificar un juicio de reproche, y no puede ser identificada con la responsabilidad<sup>98</sup>. Para identificar un principio de responsabilidad que dé cuenta de esto último, deben analizarse otras condiciones referidas exclusivamente al agente y las circunstancias en las que actuó.

Concentrarnos en el agente implica analizar sus estados mentales, su capacidad de conocer el mundo, tener deseos y preferencias sobre él, y de deliberar y decidir acerca del mejor modo de actuar. En principio, puede decirse que alguien ha actuado voluntariamente cuando tenía el control de la acción u omisión que se le imputa.

La posición mayoritaria en filosofía, sostiene que la responsabilidad nunca puede prescindir del libre albedrío para sancionar. Al evaluar si alguien satisface este requerimiento tienen relevancia elementos como la coacción y la negligencia, entre otros factores que afectan a la voluntad. Así, podemos indagar en el estado mental de un funcionario público que es reprochado porque *“no controló eficazmente los antecedentes del caso antes de tomar una decisión de política ambiental”*, y concluir que tenía la capacidad para conocer y comprender lo que hacía, que de su mala decisión se causó un efecto dañoso, y por ello es responsable por él. O por el contrario, podemos evaluar que *“cuando tomo una decisión, estaba siendo amenazado”*, y concluir que su acción no fue propia<sup>99</sup>.

Los anteriores son los llamados atributos causales y volitivos de la responsabilidad. Puede decirse que el presupuesto básico de la responsabilidad moral sostiene que: es atribuible un hecho a quien sea su causa, pueda conocer y deliberar sobre el mundo, controlar y elegir el modo de actuar. De acuerdo a las teorías de responsabilidad moral clásicas, los enunciados o juicios de imputación se encuentran justificados en estos términos, y para que alguien pueda ser señalado como responsable de un mal, primero, su acción u omisión debe encontrarse en algún sentido vinculado causalmente a dicho mal; segundo, la persona debe mostrar cierto estado mental.

Para sintetizar, un principio de atribución de responsabilidad moral nos dice algo en relación con: a) las condiciones volitivas que debe satisfacer quien es responsabilizado, y con ello una descripción de los agentes que pueden ser reprochados o elogiados; b) el vínculo que debe existir entre el acto y la persona sobre la que recae el juicio de valor.

---

<sup>98</sup> Hart H. L. A., *Punishment and responsibility: Essays in the philosophy of law*.

<sup>99</sup> Para ver en profundidad las condiciones de la responsabilidad y las excusas que la eximen ver: Aristóteles (2003), obra citada; Eshleman (2008), obra citada; Fischer (1999), obra citada; Frankfurt Harry G. “Alternate possibilities and moral responsibility”, *The Journal of Philosophy*, 1969, 66(23), 829-839; Thompson Dennis F. (1999), obra citada; Zimmerman Michael J. *Living with uncertainty* (Cambridge: Cambridge University Press 2008).

### 3. Los enunciados de responsabilidad política y la responsabilidad moral

Ahora bien, si creemos justificado que una persona que no satisface ambas condiciones sea responsable por un evento o una decisión política, probablemente hemos encontrado una razón diferente - no causal, ni volitiva- que lo justifica. El caso es que muchos de los enunciados de responsabilidad que se expresan en el ámbito político no siempre se corresponden con la explicación estándar de la responsabilidad antes mencionada. En palabras de Dennis Thompson, los reproches de responsabilidad política no se concentran en el agente y sus circunstancias para justificarse de acuerdo a las teorías clásicas de la responsabilidad<sup>100</sup>. Algunos ejemplos sirven para apoyar esto.

En casos de daños causados por una catástrofe natural, casi lógicamente se concluye que el gobierno es el responsable de enviar asistencia a los damnificados por una inundación, aún cuando no ha sido la causa directa del daño; o que el Ministro de Ambiente debe dar explicaciones de las medidas que se adoptaron para la prevención de catástrofes, simplemente porque éste era su deber. Aquí no se responsabiliza a quien es la causa real del daño, sino que existen razones para que sean otros los señalados como responsables. La justificación se halla en alguna otra fuente, como podría ser un acuerdo previo, o la asunción de un compromiso.

En otras ocasiones se reprochan actos oficiales que no revelan un único agente responsable ni un hecho puntual que pueda haber causado el efecto disvalioso. Este es el caso de acusaciones como “*el gobierno es responsable de la pobreza y la injusticia*”: no hay una única persona que pueda ser señalada como el responsable moral de dicho mal, ni un único hecho que pueda ser antecedente del mismo, sino múltiples. Una versión de este problema es la que expone con claridad Dennis Thompson al abordar *problema de las manos múltiples*<sup>101</sup>. Este autor entiende que los mismos principios estructurales y organizativos de las burocracias modernas – división de trabajo, jerarquías funcionales, especialización del trabajo, etc- y la complejidad de las acciones y disposiciones dentro de ellas, dificultan que pueda encontrarse a alguien que haya elaborado por sí solo, o haya tenido la intención de causar un mal o daño que se acusa. Es decir, no es difícil identificar la inmoralidad de muchas acciones oficiales, pero lo verdaderamente difícil es encontrar a su responsable moral<sup>102</sup>.

Asimismo, sobre los funcionarios públicos recaen estándares de comportamiento mucho más exigentes que sobre los ciudadanos comunes, y por ello, es común que se usen juicios de responsabilidad para valorar los rasgos de carácter de un funcionario, por ejemplo, porque lleva una vida personal *escandalosa* o reprochándolo porque creemos que no merece la confianza de los demás. Malem Seña explica que en estos casos, una acusación de responsabilidad se justifica porque el comportamiento de la persona desprestigia a la institución que éste representa, y así, cuando un funcionario se

---

<sup>100</sup> Thompson, *La ética política y el ejercicio de cargos público*. Dennis F. Thompson, “Moral responsibility of public officials: The problem of many hands”, *The American Political Science Review* (1980): 905-916.

<sup>101</sup> Thompson, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*.

<sup>102</sup> Casualmente, aquello de difícil concreción en la política es el elemento subjetivo de la responsabilidad –voluntad-. Inclusive, la mayoría de los sistemas jurídicos al regular la responsabilidad política han “objetivizado” la voluntad, flexibilizando la atribución de responsabilidad con la mera concurrencia de elementos objetivos como la existencia de un daño o de enriquecimiento sin causa. Es decir, que no se mira en la subjetividad de las personas para evaluar atribuir responsabilidad. Sobre este tema ver: Echevesti Carlos, *Responsabilidad de los funcionarios públicos* (Buenos Aires: Hammurabi 2003); Perrino Pablo E. “La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por actividad ilícita”, *Documentación administrativa*, 2004, (269-270), 277-296; Trigo Represas Felix A. *Tratado jurisprudencial y doctrinario* (Vol. 1) (Buenos Aires: LA LEY 2009).

comporta de modo indecoroso daña la imagen que tenemos de nuestras instituciones<sup>103</sup>. Es otro caso en el que sin que alguien haya causado un daño u realizado un mal específico, lo creemos reprochable.

Estos y otros casos muestran que en la vida política las manifestaciones de responsabilidad no siempre son explicadas por los presupuestos que defienden las teorías estándar de responsabilidad moral. O mejor dicho, cuando se trata de actos de gobierno no siempre responsabilizamos a quien es la causa de un daño o a su autor.

La razón de esto probablemente sea la especificidad y particularidad de las reglas organizativas, y el complejo contexto en el que se desenvuelve el mundo de la política. En los hechos, la práctica política es totalmente diferente a cualquier arte o trabajo particular: por la finalidad colectiva que persigue, los valores y bienes que se encuentran en juego, las diferencias de acceso a información y poder entre personas, la gravedad de los daños que pueden ocasionarse, etc. Como señala Thompson, a veces son las mismas reglas organizativas que rigen en la administración los que ameritan principios de responsabilidad diferentes<sup>104</sup>.

Pero entonces, nuestros enunciados de responsabilidad política son problemáticos. A veces, porque, no somos conscientes o no hacemos evidente lo que se encuentra detrás de ellos; otras veces, porque recurren al lenguaje de la moral para efectuar un reproche cuando en realidad responden a criterios diferentes, esto es, a principios propios de las actividades estratégicas políticas.

En torno a este planteo, podemos formular una pregunta central: ¿se encuentran justificados moralmente los enunciados de responsabilidad política? Si la respuesta es negativa, entonces debemos abandonar la premisa de que la actividad política deba ser siempre evaluada por el prisma de la moralidad. Si la respuesta es positiva, entonces las teorías morales de responsabilidad no dan cuenta de manera acabada de los principios inherentes a una comunidad política y su organización estatal, y quizás esto sea el primer paso para repensar las conexiones entre moral y política.

#### **4. Tesis de separación entre moral y política**

De la no correspondencia entre los requerimientos morales de imputación y los juicios de responsabilidad política puede concluirse una tesis de separación entre política y moral. Es decir que mientras la moral constituye el *conjunto de principios últimos y universales que justifican las acciones de los individuos*<sup>105</sup>, la política se maneja en el plano del conjunto de decisiones colectivas que deben ser adoptadas con algún sentido de prudencia y del ejercicio del poder público<sup>106</sup>. La autonomía del ámbito de la política

---

<sup>103</sup> Jorge F. M. Malem Señá, "La vida privada de los jueces" *La función judicial*, 2001. Jorge F.; Malem Señá M. "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?" *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (24 2001): 379-406.

<sup>104</sup> Thompson, *La ética política y el ejercicio de cargos público*.

<sup>105</sup> Ernesto Garzon Valdes, "Moral y política" *Cuadernos de Ética* (1 1986).

<sup>106</sup> Garzón Valdés hace una somera descripción de esta posición, cuyos inicios pueden hallarse en Maquiavelo. Otras posiciones sobre las múltiples relaciones entre moral y política son, según este autor: 1) una posición que entiende a los principios políticos que justifican las acciones públicas como subtipos de principios morales, de manera que aún reconociendo que hay moral en la política, el criterio evaluador es propio (el éxito); 2) la visión webberiana del problema de las manos sucias, quien distingue a la moral pública, como una moral especial, en la que importan las consecuencias de las acciones, y no sólo las creencias y principios a los que el individuo recurra para dirigir su vida diaria. 3) una cuarta versión concibe a la moral privada como aquella propia de santos o héroes, razón por la cual la moral pública es aquella propia de las acciones de los individuos que no se ajustan a dichos exigentes estándares, y que en definitiva abarca la mayoría de sus espacios; 4) y finalmente, una quinta posición que entiende al ámbito público como un espacio en el que también caen las acciones individuales, pero en la que el marco

implica que se rige por principios propios que ofrecen a las personas razones especiales para actuar.

La repercusión que esta idea tiene en el ámbito de la responsabilidad es que la conducta del funcionario debe ser evaluada de acuerdo a principios específicos de la actividad, como ser el criterio de éxito, oportunidad o eficacia. Es decir, que en definitiva la responsabilidad política versa sobre aquello que es exigible a las personas en virtud de la práctica política.

Es problemático reconstruir una teoría moral que dé cuenta de todas las particularidades del contexto político, pero aún así creo que debemos descartar esta tesis extrema por las siguientes dos razones.

En primer lugar, torna a los juicios morales por los que se guían las personas en la vida cotidiana en ineficaces o inútiles. Imagínese que nuestra actividad de gobierno se rige exclusivamente por un principio político de eficacia o de oportunidad. De acuerdo a esto, tendría sentido reprochar a alguien sólo cuando hay un daño no previsto o un mal resultado. Esto permitiría que quienes ejercen cargos públicos violen por ejemplo la libertad de las personas para la consecución de objetivos generales. Y más importante, sería contradictorio elogiar a un funcionario que se comporta de ese modo y es exitoso, pero reprochar a nuestro vecino porque siendo exitoso, obtiene ganancias a costa del daño a terceros. Es decir, asumir una posición separatista generaría que no siempre la evaluación de una actividad enormemente relevante como la política se encuentre en equilibrio con nuestras intuiciones más básicas sobre la responsabilidad.

En segundo lugar, los principios de imputación se definirían por elementos de la misma práctica política<sup>107</sup>. Si la política constituye un ámbito autónomo, entonces las actividades reprochables que se desarrollan en la política quedan encerradas y justificadas a partir de normas del mismo sistema. Es decir, se evalúan las acciones políticas por las reglas del mismo sistema normativo del que forma parte, por ejemplo, en un esquema político en el que las prácticas perversas son habituales, la perversión podría encontrarse justificada y nunca reprochada.

### **1. Responsabilidad política**

Pese a la diversidad de acepciones de los enunciados de responsabilidad formulados en el ámbito político, podemos reconocer algunos elementos que son comunes en todos ellos.

En algunas legislaciones, la idea de responsabilidad política está asociada con un mecanismo específico de sanción o enjuiciamiento previsto constitucionalmente. Tal es el caso de Argentina, que prevé para quienes ejercen cargos públicos el procedimiento de juicio político por el incumplimiento de deberes, mal desempeño o comisión de delitos comunes (Art. 53 CN), y además tiene una vasta elaboración jurisprudencial en torno a las llamadas *cuestiones políticas no justiciables*, y otros temas de responsabilidad política.

En este primer sentido, la responsabilidad política constituye los procedimientos y mecanismos establecidos para que un funcionario público responda por aquello que ha hecho u omitido realizar, por lo que debe hacerse cargo ante los demás. Son casos de responsabilidad específica, cuyos márgenes suelen estar delimitados e invariables en leyes especiales. Inclusive, en estos casos puede confundirse con la responsabilidad legal.

---

institucional absorbe parte de la responsabilidad del individuo por faltas morales, esto es, faltas a principios de la vida privada: Garzón Valdes (1986), obra citada.

<sup>107</sup> Esta crítica es reconstruida por: Garzón Valdes, Moral y política.

Pero también podemos hablar de responsabilidad política en otro sentido. Por ejemplo, recientemente agrupaciones políticas atribuyen a diputados nacionales *“responsabilidad política de no tratar el proyecto de legalización de aborto en el Congreso”*<sup>108</sup>. Sin que se encuentre materializada en leyes específicas, el alcance y fundamento de esta expresión de responsabilidad no es tan claramente delimitado, aunque podemos entenderlo relacionado con un comportamiento considerado impropio de una institución representativa. En el mismo sentido, alguien puede criticar la forma en que se están dirigiendo las cuestiones públicas y por ello no votar a un determinado partido político, y esto puede ser percibido como una expresión política de responsabilidad. E inclusive, ante el fracaso de una política pública suele afirmarse que *“la ciudadanía es la verdadera responsable de lo sucedido porque han votado a X como su representante”*. Las anteriores, pueden ser reconocidas como expresiones políticas de responsabilidad. A modo genérico, podemos decir que son consecuencia de la potestad que conservan los ciudadanos de revisar y evaluar a sus representantes, de acuerdo a las funciones y objetivos que les hayan confiado. Su justificación depende de cuáles sean los principios que las personas han elegido para ordenar su comunidad política. Es decir, que se derivan de los estándares de gobierno que estén vigentes en una comunidad o de los principios de organización convenidos en ella.

En este segundo sentido, responsabilizar políticamente a alguien implica decir que esa persona debe hacerse cargo del costo de un acontecimiento conforme a un procedimiento político, que dependerá de los principios públicos y forma de gobierno establecida. Así, *“X es responsable políticamente de lo sucedido”* puede significar diferentes cosas de acuerdo al sistema político vigente. Por ejemplo, afirmar que *“el gobierno tiene la responsabilidad política de no tratar el proyecto de legalización de aborto en el Congreso”* no tiene sentido si no es en un esquema representativo de gobierno. E igualmente se justifica el reproche dirigido a un funcionario por no cumplir mandatos electorales o no ser sensible a los intereses del electorado que prometió defender, lo hace responsable políticamente como representante.

Es decir que, de acuerdo a esta idea más amplia de responsabilidad política, existe un principio político que indica a una persona como aquella que debe hacerse cargo del costo de un evento o de una acción específica. Dicho principio parece justificarse en argumentos relacionados con la forma de gobierno vigente, el diseño institucional elegido, o la idea que se tenga respecto de las finalidades de la función pública. No se encuentra necesariamente concretizado en un mecanismo legal, sino que forma parte del conjunto de principios públicos generales cuyo objetivo es el ordenamiento de la vida común.

Por ejemplo, un mecanismo de responsabilidad política puede depender de la visión que tienen los ciudadanos respecto de quien tiene a su cargo la ejecución de acciones colectivas, o de algún criterio relacionado con la eficacia que se atribuya a un rol público determinado. Estos permitirían sostener que es responsable políticamente por un hecho concreto un funcionario que aparece como tal ante los ojos de los demás - simplemente porque el hecho de detentar su cargo lo amerita-, o quien toma decisiones ineficaces. En un esquema democrático los mecanismos políticos de responsabilidad surgen de la misma vigencia de dicho sistema de gobierno. Así, si creemos que la democracia indirecta es el mejor modo de organizarnos como comunidad, entonces concluiremos que en un sistema tal las elecciones periódicas de representantes tienen el

---

<sup>108</sup> <http://www.pts.org.ar/El-aborto-aun-no-es-legal-por-responsabilidad-politica-del-bloque-del-FPV>

efecto de contribuir a atribuir responsabilidad por hechos pasados a los funcionarios que son candidatos a cargos públicos<sup>109</sup>.

## 5. Dos conclusiones

La primera conclusión que puede seguirse de lo anterior versa sobre la conexión entre moral y política. Si no son plausibles las teorías que separan tajantemente la moral de la política, entonces la responsabilidad política no puede ser ajena al ámbito de la moral. Así, el modo en que se distribuyen las cargas de responsabilidad en el ámbito público, sea jurídica o convencionalmente, debe estar justificado moralmente. Un esquema de sanciones para funcionarios públicos o cuya aplicación esté prevista dentro de una institución estatal tiene que aproximarse, por un lado, a los principios de imputación moral que justifican evaluar conductas; y por el otro, no puede contradecir los principios políticos que construyen y diseñan nuestras instituciones públicas. Cuando despojamos de moral a estos ámbitos, nuestras intuiciones respecto de lo que reprochamos y elogiamos no estarán siendo reforzadas por nuestro esquema político y legal.

Al establecer sanciones legales para la administración pública, estamos castigando que las decisiones de nuestros funcionarios no respeten los valores sustantivos últimos que han permitido organizarnos políticamente como comunidad. Siempre que estas sanciones coincidan con las condiciones y principios fijados por la noción de responsabilidad moral, al menos por las teorías que creamos consistentes, entonces la distribución de cargas y obligaciones en el ámbito público estará justificada. Mecanismos políticos y un esquema de sanciones legales avalado por presupuestos morales, ofrecen una base mucho más robusta para la responsabilidad y rendición de cuentas por parte de quienes ejercen la autoridad.

Creo que el esfuerzo de muchas teorías contemporáneas de responsabilidad va en esta línea. Estas tesis ofrecen argumentos que pueden dar cuenta de las particularidades de la responsabilidad política. Lo que hacen en definitiva es flexibilizar o expandir los elementos de la responsabilidad. No prescinden de ellos, sino que por el contrario, intentan explicar cómo es que en ciertos contextos complejos algunas personas tienen suficiente control de hechos que en apariencia no le son atribuibles, o cómo los nexos causales pueden ser lejanos pero necesarios y suficientes<sup>110</sup>.

La segunda conclusión, refiere al tipo de razones que justifican la atribución de responsabilidad moral en la política. Se dijo antes que una tesis de responsabilidad identifica con claridad los agentes, causas y hechos que pueden justificadamente ser sometidos a juicios de reproche o elogio. En cambio, en la responsabilidad política

---

<sup>109</sup> Esto es así en las posiciones que entienden a la presentación política como mandato, y al voto como un mecanismo de responsabilidad. Hanna F., Pitkin *The concept of representation* (University of California Press 1967); Przeworski Adam "Democracia y representación." *Revista del CLAD reforma y democracia* (1998, 10): 7-32.

<sup>110</sup> Como ejemplo puede citarse a las teorías colectivas de responsabilidad, que en respuesta al problema de las acciones complejas grupales, hallan razones para considerar que un grupo también es un agente moralmente responsable. Atribuyen a los entes colectivos la posibilidad de: a) tener intención para actuar y control de sus acciones, necesaria para producir un efecto; b) tener conocimiento sobre el mundo y voluntad de obrar, deslindada de los individuos que lo componen. Así, un acto de una organización se consideraría realizado de modo deliberadamente conjunto, siendo el ente en su totalidad o todos los individuos de la colectividad responsables. En esta línea, entre sus más destacados defensores, puede mencionarse las tesis de Pettit, List y French. Este argumento explica los casos de reproches o elogios dirigidos a acciones colectivas complejas, como la que representa el problema de las manos múltiples. Ver en: French Peter A. *Collective and corporate responsibility* (Columbia University Press New York 1984); List Christian & Pettit Philip *Group agency: The possibility, design, and status of corporate agents* (Oxford University Press Oxford 2011); Pettit Philip "Responsibility Incorporated" *Ethics*, 2007, 117(2), 171-201.

algunos elementos son fijos (como los procedimientos y sanciones establecidos en un sistema legal), mientras que otros permanecen variables y de difícil encuadramiento. Éstos últimos, son los que dependen de las nociones de autogobierno y representación política que defendamos, y de los objetivos que hemos delegado en un esquema republicano y democrático de gobierno. Así, las obligaciones y potestades que recaen sobre funcionarios públicos y ciudadanos quedan definidas a partir de los principios que una comunidad elige para organizar y dirigir sus planes colectivos.

Para evaluar si un enunciado de responsabilidad política se encuentra justificado entonces debemos también recorrer los principios que hemos elegido para regir nuestra administración pública. Esclarecer el contenido de los enunciados de responsabilidad moral, irá acompañado de la evaluación de una serie de aspectos relacionados con el tipo de comunidad que queremos y cómo hemos diseñado nuestras instituciones públicas.

Esto permite ver a la responsabilidad política como un espacio conformado por principios de moralidad política que deberían ser considerados al analizar la responsabilidad de los funcionarios, no para disculpar o eximir de responsabilidad cuando es difícil identificar una causa o voluntad, sino con el objetivo de clarificar las razones que justifican nuestro juicio, y la teoría de responsabilidad moral cuyos principios son coherentes con ellos. No examinar estos presupuestos, puede llevar a concluir que nuestras imputaciones no están debidamente justificadas.



## **INSTITUCIONES DE DERECHO TRIBUTARIO**



## LA PROHIBICION DE EFECTOS CONFISCATORIOS COMO LÍMITE AL DEBER DE CONTRIBUIR: EL CASO “CANDY”

Eduardo A. Arroyo<sup>111</sup>

**Resumen:** En este trabajo se analizan los límites materiales a las leyes tributarias que regulan el deber de contribuir, tales como el principio de no confiscatoriedad y el principio de capacidad contributiva. Ambos principios son puestos a trabajar en la solución de los efectos distorsivos que provoca la inflación en el ordenamiento tributario a partir del caso Candy S.A. en donde la Corte Suprema de Justicia trató la cuestión. A continuación se realiza una evaluación crítica de la sentencia del máximo tribunal por las siguientes razones: por un lado, aquélla no cuenta con un adecuado fundamento técnico desde la perspectiva del impuesto a las ganancias; por el otro, se aferra al principio de no confiscatoriedad cuando el mismo carece de la versatilidad del principio de capacidad contributiva y finalmente genera como resultado práctico una desigualdad de hecho entre los contribuyentes, ya que no todos ellos estarán en condiciones de afrontar un largo juicio que culmine en la Corte Suprema de Justicia.

**Palabras clave:** deber de contribuir - confiscatoriedad - ajuste por inflación.

### 1. Introducción

Los deberes constitucionales se presentan como situaciones pasivas por las cuales sus destinatarios son compelidos a realizar un comportamiento en función de intereses generales de la sociedad<sup>112</sup>. Normativamente son enunciados jurídicos incompletos de modo que carecen de operatividad atento a que el comportamiento exigido no se

---

<sup>111</sup> Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Abogado, Universidad Católica Argentina: “Santa María de los Buenos Aires”. Ex Profesor Titular de Derecho tributario (Cát. "A") y de la Especialización en Derecho Tributario, Universidad Nacional de Córdoba-Argentina (UNC). Ex Director de la Carrera de Especialización de Derecho Tributario (UNC). Ex Director del Instituto de Derecho Tributario de Córdoba-Argentina. Miembro del Programa de Ética y Teoría Política (UNC). Autor de diversas publicaciones y ponencias. Correo electrónico: eduardo2002@gmail.com.

<sup>112</sup> Rafael De Assis Roig, *Deberes y Obligaciones en la Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991); Pedro Escribano Collado, *Deber*, Tomo II (Madrid: Enciclopedia Jurídica Básica, 1999), Carlos Lasarte Álvarez, *Derecho de Obligaciones – Principios de Derecho Civil*, Tomo Segundo (Madrid: Marcial Pons, 2010); José Manuel Goig Martínez, "La constitucionalización de los deberes", *Revista de Derecho UNED* 9 (2011), 111-148; Klaus Vogel, "Hacienda Pública y el Derecho Constitucional", *Hacienda Pública Española* 59-61 (1979, II), 19; Cristina Pauner Chulvi, *El Deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001); Álvaro Rodríguez Bereijo, "El deber de contribuir como deber constitucional su significado jurídico", *Revista Española de Derecho Financiero* 125 (ene-mar, 2005), 5-40.

encuentra emplazado en una relación jurídica a la manera del binomio derecho – obligación de modo que es necesario el dictado de la correspondiente ley.

Tal es la estructura normativa de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo. XXXVI que prescribe que “*Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos*”. Como se advierte el texto no obliga a los ciudadanos al pago de los tributos siendo para ello necesaria la ley correspondiente la que permite, una vez realizado el hecho generador, el nacimiento de la obligación tributaria.

Cabe destacar, entonces, que el deber de contribuir y la obligación tributaria conforman dos situaciones pasivas que deben ser cuidadosamente distinguidas; el primero impone un sometimiento a la ley de carácter genérico y no relacional mientras que la obligación tributaria genera una relación de crédito y deuda.

El fundamento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos se encuentra en la funcionalidad de los impuestos para hacer una sociedad más equitativa. La equidad, pues, es el centro de gravedad del deber de contribuir sin que ello signifique acompañar a quienes ven en el ordenamiento tributario un medio para una utópica igualdad real de situaciones.

El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos tiene sus límites de forma tal que las leyes tributarias no puedan sofocar otros derechos constitucionales y, en particular, la libertad y la propiedad. Una modalidad autoritaria de afectar ambos valores es provocar o no impedir el aumento de las obligaciones tributarias mediante la inflación.

Es por ello que, en primer término, haré un breve comentario sobre el impacto de la pérdida persistente del valor del dinero sobre el ordenamiento tributario. Ello permitirá, seguidamente, tratar los mecanismos previstos por el Derecho contable para atenuar los efectos inflacionarios. En este marco analizaré la respuesta que da al problema el principio de no confiscatoriedad señalando que la misma resulta insuficiente en relación a la que surge del principio de capacidad contributiva. Finalmente, haré referencia al caso “Candy S.A.” en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) trató la incidencia de la inflación en el impuesto a las ganancias.

## **2. Moneda, inflación e impuestos**

### **2.1. Funciones de la moneda**

En teoría económica dinero es todo aquello que una sociedad acepta generalmente como medio de pago. También hay consenso en afirmar que cumple las siguientes funciones: a) Como depósito de valor; b) Como unidad de medida; c) Como Medio de cambio.

Como depósito de valor, el dinero permite transferir poder adquisitivo del presente al futuro. Si hoy retribuyen nuestro trabajo con \$ 1.000 pesos, podemos gastar nuestro dinero de inmediato, o bien, mantenerlo para un gasto en el futuro.

Como unidad de medida, el dinero indica los términos en los que se anuncian los precios. Ello es lo mismo que decir que el dinero es una *unidad de medida* del *valor* de los bienes de allí que los mismos se exhiban en dinero de curso legal.

Bajo este aspecto el dinero cumple la misma función que otras unidades de medidas como, por ejemplo, el metro aunque de carece las cualidades sólidas de universalidad, exactitud y permanencia de éste último.

Finalmente, como medio de cambio, el dinero es lo que se emplea para comprar bienes y servicios<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> Mankiw ejemplifica las funciones del dinero recordando lo que ocurría en los campos de concentración nazis de la Segunda Guerra Mundial surgió una clase excepcional de dinero. La Cruz Roja suministraba a los prisioneros diversos bienes: alimentos, ropa, cigarrillos, etcétera. Sin embargo, estas raciones se asignaban sin prestar especial atención a las preferencias personales, por lo que naturalmente

Puede ocurrir que por diversas causas el dinero ingrese en un ciclo en el que pierde valor de manera sostenida en relación a los demás bienes que produce la economía de modo que con la misma unidad monetaria se adquieren, con el decurso del tiempo, una menor cantidad de bienes. En economía se suele emplear el término inflación para designar el *incremento generalizado* del precio de los bienes y servicios en un período de tiempo determinado.

Verificado el aumento del índice general de precios como contracara del mismo surge la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. De allí que las expresiones “inflación”, “incremento en el nivel general de precios” y “pérdida del poder adquisitivo de la moneda” pueden ser empleadas como sinónimos<sup>114</sup>.

En tanto la inflación (o pérdida de poder adquisitivo de la moneda) sea significativa resulta erróneo hacer cálculos empleando cifras correspondientes a monedas de distintas fechas porque tales cifras no están expresadas en una unidad de medida homogénea.

La solución radica en aplicar a la propia moneda un mecanismo de corrección tal que neutralice la distorsión creada por la pérdida de su poder adquisitivo. El mismo consiste en convertir valores nominales correspondientes a expresiones monetarias de distintas fechas a su equivalente de moneda a una misma fecha<sup>115</sup>.

## **2.2. Inflación e impuestos**

Entre los efectos más destacados de la inflación sobre los tributos se destaca su incidencia en la composición de las bases imponibles, el cambio de asignación en las alícuotas y el sistema de recaudación.

Constatada la erosión del valor del dinero comenzaron a elaborarse distintos sistemas de ajuste los que tienen como finalidad transformar las mediciones históricas expresadas en moneda heterogénea (por tener diferente valor en distintos momentos de un mismo periodo fiscal) en una moneda que sea unidad de medida homogénea.

Bajo esta perspectiva cabe recordar que el impuesto a las ganancias tiene como “punto de partida” para la fijación de la obligación tributaria la denominada contabilidad “histórica” o también denominada clásica.

Hace ya varios años que Schindel señaló que *“la contabilidad tradicional se basa en el postulado básico de la “invariabilidad del poder adquisitivo de la moneda”. Cuando este requisito no se cumple, los balances contables confeccionados de acuerdo con criterios tradicionales, dando por supuesto el postulado antes mencionado, arrojan cifras que no son representativas de la verdadera situación financiero- patrimonial de las empresas ni de los verdaderos resultados de sus operaciones. Los impuestos sobre la renta y el patrimonio neto determinados sobre la base de balances contables confeccionados con esos criterios tradicionales...no suelen gravar lo que el legislador*

---

las asignaciones solían ser ineficientes. Podía ocurrir que un prisionero prefiriera chocolate, otro prefiriera queso y otro una camisa nueva. Las diferencias de gustos los llevaban a realizar intercambios entre ellos. A la larga, los cigarrillos se convirtieron en la “moneda” establecida en la que se expresaban los precios y se realizan los intercambios. Por ejemplo, una camisa costaba alrededor de 80 cigarrillos. Los servicios también se expresaban en cigarrillos: algunos prisioneros se ofrecían a lavar la ropa de otros por 2 cigarrillos por prenda. Incluso los que no fumaban aceptaban gustosos los cigarrillos a cambio, ya que sabían que podían intercambiarlos en el futuro por algún bien que les gustara. Dentro de los campos de concentración los cigarrillos se convirtieron en el depósito de valor, la unidad de cuenta, y el medio de cambio” (Gregory Mankiw, *Macroeconomía* (Harvard: Antoni Bosch Editor, 1997), 190).

<sup>114</sup> Santiago Lazzati, *Contabilidad e Inflación* (Buenos Aires: Macchi, 1992), 3.

<sup>115</sup> Santiago Lazzati, *Contabilidad e Inflación*, 3.

*o el consenso de las opiniones han considerado como manifestación de la capacidad tributaria*”<sup>116</sup>.

En el impuesto a las ganancias de las sociedades los problemas que plantea la inflación están relacionados con las distorsiones que se introducen en la renta sujeta impuesto dado que la alícuota es proporcional<sup>117</sup>.

Una cuestión distinta es cuando la alícuota es progresiva porque una mayor renta nominal puede provocar que el contribuyente “suba” a un tramo más elevado en la escala del impuesto y por tanto le corresponda una alícuota superior. De allí la evidente necesidad de cifrar las ganancias a moneda homogénea lo que encuentra su fundamento en razones de equidad fiscal y de modo específico en el principio de capacidad contributiva<sup>118</sup>.

Arraigado el fenómeno inflacionario y con el propósito de atemperar los efectos fiscales nocivos que el mismo genera se dictó la ley N° 21.894 del año 1978 por la que se incorporó el ajuste impositivo por inflación en el impuesto a las ganancias.

Posteriormente, en el año 1985, la ley 23.260 introdujo modificaciones en el impuesto a las ganancias que comprendieron el sistema de ajuste por inflación<sup>119</sup>. En la oportunidad, el mensaje de elevación subrayó el propósito de garantizar “*una homogénea reexpresión de todos los rubros a moneda de cierre*”. Se trataba de buscar la medida correcta de la renta sujeta a impuesto mediante el ajuste de la unidad de medida – dinero de curso legal - que la inflación distorsionaba.

Mediante la ley N° 23.928 conocida como Ley de Convertibilidad del Austral se prohibió toda forma de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa, con posterioridad al 1° de abril de 1991 (artículo 7) <sup>120</sup>. Sin embargo, en el mencionado texto legal no estaban comprendidas las modalidades de la determinación tributaria de modo que fue necesario dictar la ley 24.073 cuyo artículo 39 estableció que las tablas e índices que elabora la Dirección General Impositiva tuvieran como límite máximo de vigencia a las

---

<sup>116</sup> Ángel Schindel, “El ‘método integral’ como la solución más apropiada para corregir los efectos de la inflación en los impuestos sobre la renta y el patrimonio”, *Hacienda Pública Española* 23-25 (1973-II), 191- 206.

<sup>117</sup> Richard Abel Musgrave, *Hacienda Pública Teórica y Aplicada* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1986), 605.

<sup>118</sup> Joaquín Soto Guinda, “Inflación e Impuesto Personal sobre la Renta”, *Hacienda Pública Española* 51 (1978): 87-113; Vito Tanzi, *La Inflación e Impuesto sobre la renta: Una perspectiva internacional* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1982).

<sup>119</sup> Para una breve reseña histórica de la evolución legislativa del ajuste por inflación se puede consultar Ángel Schindel, “Ajuste por inflación contable e impositivo. Francisco Bobadilla: Un precursor argentino”, *Impuestos* (2014-1), 21.

<sup>120</sup> El artículo 10 de Ley 23.928 estableció: “*Deróganse, con efecto a partir del 1° del mes de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional inclusive convenios colectivos de trabajo de fecha anterior como causa de ajuste en las sumas de australes que corresponda pagar, sino hasta el día 1° de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral*”. La ley 25.561, mediante su art. 4, modificó el art. 10 en los siguientes términos: “*Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.*”

variaciones operadas hasta marzo de 1992<sup>121</sup> o, dicho en otras palabras, la vigencia del ajuste por inflación quedó suspendida a partir del 1.04.92 por el congelamiento de los índices correctores.

A raíz de la desordenada salida del régimen de convertibilidad se generó nuevamente un proceso inflacionario el cual persiste y aumenta emplazando una vez más la inequidad que implica gravar ganancias espurias.

El problema llegó a la CSJN la que se pronunció en el caso “Candy S.A.” mediante la aplicación de las pautas tradicionales elaboradas en relación al principio de no confiscatoriedad las que serán expuestas a continuación.

### **3. El principio de no confiscatoriedad**

#### **3.1. Precisiones terminológicas**

El término confiscar significa “*penar con privación de bienes que son asumidos por el fisco*”<sup>122</sup>. La expresión evoca un instrumento de opresión conducente a la muerte civil utilizada por el Estado generalmente para sancionar a enemigos políticos de ahí que la Constitución Nacional (CN) se haya pronunciado de modo categórico al afirmar que la confiscación de bienes “*queda borrada para siempre del Código Penal*” (artículo 17).

La confiscación como pena anexa a un ilícito ninguna vinculación tiene con los tributos. Basta señalar que éstos son obligaciones derivadas de una ley dictada en ejercicio de una facultad constitucional otorgada al Congreso de la Nación. Asimismo, su satisfacción comporta el cumplimiento del deber constitucional de contribuir de modo que resulta contradictorio asociar el cumplimiento de un deber con una pena.

La CSJN en un antiguo fallo destacó la distinción entre confiscación y tributos. Al respecto señaló que “*las confiscaciones prohibidas por la Constitución son medidas de carácter personal y de fines penales, por las que se desapodera a un ciudadano de sus bienes; es la confiscación del Código Penal, y en el sentido amplio del (artículo) 17 el apoderamiento de los bienes de otro, sin sentencia fundada en ley o por medio de requisiciones militares, pero de ninguna manera lo que en forma de contribuciones para fines públicos puedan imponer el Congreso y los gobiernos locales*”<sup>123</sup>.

De cualquier manera emplear el nombre de una pena para denominar un principio de Derecho tributario resulta poco feliz. Más aún, cuando ello puede refrendar la falsa percepción que los tributos comportan una agresión a los derechos y libertades de los ciudadanos.

De allí que, para su integración al Derecho tributario, ha sido necesaria una adaptación terminológica y conceptual del instituto de la confiscación. La misma ha consistido en reducir el concepto de “confiscación” limitándolo sólo a sus *efectos o resultados*. En esta “reducción” se prescinde tanto del carácter sancionatorio como de la apropiación forzosa por parte del Estado. De este modo el concepto confiscación es despojado de su antiguo contenido quedando limitado solo a los *efectos o resultados confiscatorios*.

Este parece ser el significado adoptado por la Constitución Española (artículo 31.1) cuando proclama el establecimiento de un sistema tributario justo el cuál “*en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*”. Más claramente, lo expresaba la Constitución de Perú, en la redacción anterior al año 1994, al prescribir que “*Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio*” (artículo 74).

---

<sup>121</sup> El artículo 39 de la ley N° 24.073 ordenó: “*A los fines de las actualizaciones de valores previstas en la ley 11.683... y en las normas de los tributos regidos por la misma, no alcanzados por las disposiciones de la ley 23.928, las tablas e índices que a esos fines elabora la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA para ser aplicadas a partir del 1° de abril de 1992 deberán, en todos los casos, tomar como límite máximo las variaciones operadas hasta el mes de marzo de 1992, inclusive. En idéntico sentido se procederá respecto de las actualizaciones previstas en el Código Aduanero (ley 22.415 y sus modificaciones)...”.*

<sup>122</sup> Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.

<sup>123</sup> “Manuel Fariñam c/ Municipalidad de La Plata” Fallos: 105:50 del 23/08/1906. OK

### 3.2. Concepto y función del principio

Formuladas las aclaraciones precedentes el principio de no confiscatoriedad se caracteriza por prohibir agresiones al derecho de propiedad de los contribuyentes mediante tributos desproporcionados que produzcan resultados análogos a la privación penal de bienes.

En esta formulación del principio existe una fuerte asociación entre el derecho de propiedad y la prohibición de efectos confiscatorios siendo esta la posición que asume mayoritariamente la doctrina argentina<sup>124</sup>.

El derecho de propiedad, objeto de tutela, debe ser entendido conforme al standard de la CSJN que establece: *“El término propiedad, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de este estatuto comprende todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”*<sup>125</sup>.

La fijación de límites a las facultades tributarias y el derecho de propiedad no plantean contradicción alguna ya que sin la existencia de un ordenamiento jurídico que garantice la propiedad privada no se concibe el tributo como institución. Por su parte, el Estado, en tanto persona jurídica, requiere de los ingresos tributarios para sufragar el cumplimiento de las funciones que la Constitución le asigna.

En base a estos elementos la presión tributaria que deben soportar los ciudadanos ha ser objeto de un juicio prudencial complejo en donde habrá que ponderar, entre otros valores, la libertad, la propiedad privada, la incidencia de los impuestos en el ahorro, el estímulo a la inversión y, de modo particular, si los impuestos contribuyen a la creación o destrucción de puestos de trabajos.

De allí que el máximo tribunal haya afirmado que *“el poder de crear impuestos está sujeto a ciertos principios que se encuentran en su base misma, y otros al de que ellos se distribuyan con justicia; habiéndose observado con fundamento que las imposiciones que prescindan de aquellos, no serían impuesto sino despojo”*<sup>126</sup>.

Tanto en la elaboración como en la aplicación de la ley tributaria la función del principio de no confiscatoriedad consiste, en definitiva, en una prohibición del exceso que conecta con las ideas de moderación o “medida justa” del tributo<sup>127</sup>.

La CSJN, a lo largo de su historia, ha formulado lo que se puede considerar un standard respecto de los efectos confiscatorio de un tributo y bajo los siguientes términos: para que se configure la confiscatoriedad debe producirse una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital (Fallos: 314:1293 y sus citas).

Como elemento esencial para la aplicación del principio es necesario la prueba precisa y concreta de quien alega los efectos confiscatorios del tributo al punto que prescindir de ella implica *“dejar la acción sin fundamento, puesto que falta al Tribunal el elemento*

---

<sup>124</sup> En la doctrina argentina se pueden consultar, entre otros, los siguientes trabajos: Gustavo Naveira de Casanova, *El Principio Constitucional de No Confiscatoriedad Tributaria* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012); Horacio García Belsunce, *Temas de Derecho Tributario* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982), 107; *Garantías Constitucionales* (Buenos Aires: Depalma, 1984); “Algo más sobre la confiscatoriedad en la tributación”, *La Ley* (1990- E); José Casás, *Presión Fiscal e inconstitucionalidad* (Buenos Aires: Depalma, 1992); Héctor Villegas, “El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria”, en *Estudios de Derecho constitucional tributario* (Buenos Aires: Depalma, 1994); Rodolfo Spisso, *Derecho Constitucional Tributario* (Buenos Aires: Depalma, 2011).

<sup>125</sup> Fallos: 145:307 “Pedro Emilio Bourdie c/Municipalidad de la Capital” del 16/12/1925.OK

<sup>126</sup>Fallos: 115:111 “Rosa Melo de Cané s/ Testamentaría” del 16/12/1911.

<sup>127</sup> Álvaro Rodríguez Bereijo, “Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 13 (junio 2005): 235.

*primordial e insustituiblemente necesario para estimar de un modo concreto y objetivo la gravitación del impuesto sobre el rendimiento de la propiedad que lo soporta*<sup>128</sup>.

El principio de no confiscatoriedad, pese a su importancia decisiva como límite al ejercicio de las facultades tributarias, no tiene una consagración expresa en la CN como la que han recibido los principios de legalidad (artículo 17) o de igualdad (artículo 16)<sup>129</sup>.

### **3.3. Crítica al principio de no confiscatoriedad**

La inclusión del principio de no confiscatoriedad en ordenamientos constitucionales, como es el caso de la Constitución Española (artículo 31.1), ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina.

Uno de los argumentos centrales se ha planteado del siguiente modo: si el principio de capacidad contributiva otorga fundamento y medida al deber de contribuir ello implica que cuando la ley configura un tributo del que derivan efectos confiscatorios el precepto debe ser tachado de inconstitucional por el simple juego del principio de capacidad contributiva siendo superflua la prohibición de confiscatoriedad<sup>130</sup>.

Por lo demás, con razón se ha señalado que *“la prohibición de la confiscatoriedad (...) resulta insuficiente, pues constituye una obviedad para un Estado que se funda en la economía de mercado y la propiedad privada. Tal Estado de libertades se privaría a sí mismo de su fundamento financiero si agotara las fuentes impositivas. Precisamente el Estado Social está obligado a mantener las fuentes tributarias en lugar de agotarlas”*<sup>131</sup>.

Por su parte, el principio de capacidad contributiva se presenta como una herramienta conceptual de alcances más dilatados tanto al momento de establecer la ley tributaria como en la aplicación de la misma<sup>132</sup>.

Basta considerar que el principio de capacidad contributiva ofrece a nivel legislativo un amplio espectro soluciones a cuestiones tales como el diseño del hecho generador, la elección de deducciones, el tratamiento de la tributación familiar, la fijación de supuestos de no sujeción, etc. Se trata de situaciones, como otras tantas que se pueden mencionar, que superan y escapan al principio de no confiscatoriedad limitado conceptualmente a los efectos desproporcionados de las normas tributarias.

Asimismo el principio de capacidad contributiva cumple un rol importante al momento de la aplicación de la ley tributaria ya que establece un criterio que debe considerarse en

---

<sup>128</sup> Fallos: 220:1082 “Lanz, Pedro Ponciano y Jorajuria, y otros c/ Prov. de Bs. Aires” del 3/8/1951; Fallos: 201:165 “José Evaristo Uriburu c/ Provincia de Córdoba” del 14/3/1945, Fallos: 210:172 “Ganadera e Industrial Ciriaco Morea S.A. c/ Provincia de Córdoba” del 27/2/1948; Fallos: 322:3255 “Gómez Alzaga, Martín Bosco c. Buenos Aires, Provincia de y otros/ Inconstitucionalidad”, del 21/12/1999.

<sup>129</sup> En tal sentido, se ha pronunciado Horacio García Belsunce, “Algo más sobre el principio de no confiscatoriedad en la tributación”, *La Ley* (1990-E): 651. Por su parte Spisso sostiene que es una garantía constitucional expresa que fluye del art. 28 de la Constitución Nacional (Rodolfo Spisso, *Derecho Constitucional Tributario*, 386).

<sup>130</sup> Fernando Pérez Royo, *Derecho Financiero y Tributario* (Madrid. Thomson-Civitas, 2008), 65; Eusebio González García, “El discutido y discutible principio de no confiscatoriedad”, *Jurisprudencia Tributaria 2* (2001); Antonia Agulló Agüero, “Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del sistema tributario”, *Revista Española de Derecho Financiero* 36 (1982), 555; María del Carmen Bollo Arocena, “La prohibición confiscatoriedad como límite constitucional a la tributación”, en *Principios tributarios constitucionales*, (Ciudad de México: Tribunal Fiscal de la Federación y Universidad de Salamanca e Instituto Cultural Domecq, 1993), 367.

<sup>131</sup> Klaus Tipke, *Moral tributaria del estado y de los contribuyentes* (Madrid: Marcial Pons, 2002).

<sup>132</sup> Marcos García Etchegoyen, *El principio de capacidad contributiva* (Buenos Aires: Abaco, 2004), 227.

el caso concreto: “se debe porque se tiene capacidad contributiva y se debe según la capacidad contributiva que se tiene”<sup>133</sup>.

En definitiva, el principio de capacidad contributiva marca un límite que de ser superado por la desproporción de un impuesto o por el conjunto de ellos es suficiente para su descalificación constitucional. Ello basta para prescindir sin mayores inconvenientes – al menos a nivel conceptual – del principio de no confiscatoriedad.

La crítica realizada no impide reconocer que el principio mencionado, en la elaboración realizada por la CSJN, ha prestado un servicio indiscutible como límite frente a los excesos del Estado.

#### **4. La cuestión de las ganancias de las personas jurídicas en contextos inflacionarios. El caso “Candy S.A.”**

##### **4.1. Antecedentes**

Con fecha 3 de julio de 2009 la CSJN en la causa “Candy S.A. c. AFIP y otro” se pronunció declarando “*procedente en el caso, la aplicación del mecanismo de ajuste por inflación por el periodo correspondiente al año 2002, que aquí se reclama*”.

Candy S.A. interpuso acción de amparo ante el juez federal de la Provincia de Catamarca planteando la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.073, del artículo 4 de la ley 25.561, del decreto 214/02 y de toda otra norma legal o reglamentaria de cualquier órgano estatal nacional, en tanto y en cuanto impiden la aplicación del ajuste por inflación impositivo (artículos 94 y concordantes, del impuesto a las ganancias, ley 20.628 - t.o. en 1997 y sus modificaciones-). Dicho planteamiento fue realizado por la actora en relación a la liquidación del impuesto a las ganancias correspondiente al ejercicio fiscal comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2002.

En base a estos antecedentes el sentenciante declaró la inconstitucionalidad del plexo normativo impugnado ordenando a la AFIP-DGI recibir la declaración jurada del impuesto a las ganancias de Candy S.A. con la aplicación del ajuste por inflación.

La sentencia fue confirmada por la Cámara Federal de Tucumán la que destacó que ante el nuevo fenómeno inflacionario imperante a partir del año 2002 habían cesado las razones para mantener suspendida la aplicación del ajuste por inflación.

##### **4.2. Los argumentos de la CSJN**

El *iter* argumental del máximo tribunal se puede dividir cómodamente en dos tramos claramente diferenciados. El primero de ellos está dedicado a ratificar la prohibición del ajuste por inflación contenida en la ley de impuesto a las ganancias mientras que en el segundo analiza los efectos confiscatorios derivados de la prohibición establecida.

En el primer tramo, los puntos sustanciales de la argumentación del máximo tribunal fueron los siguientes:

a) La prohibición del ajuste por inflación representa una decisión “*clara y terminante*” del Congreso de la Nación en ejercicio de la función de fijar el valor de la moneda que le encomienda la Constitución Nacional (artículo 75 inc. 11) (Cons. 3).

b) En sentido amplio, dicha prohibición se inserta en el marco de la denominada “Ley de Convertibilidad” como también en un conjunto de normas por la que se derogó el reajuste de valores como cualquier otra forma de repotenciación de deudas al punto que son susceptibles de revisión las soluciones pretorianas que admiten el reajuste por la depreciación de la moneda (Cons. 3);

c) En este contexto, el incremento de las obligaciones del impuesto a las ganancias derivadas de los efectos de la inflación no podían ser morigerados por la aplicación de las normas que regulan el ajuste por inflación<sup>134</sup>;

---

<sup>133</sup> Álvaro Rodríguez Bereijo, “Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 13 (junio 2005), 237.

d) En definitiva, rechazó la inconstitucionalidad de la interdicción del ajuste por inflación (Cons. 6, *in fine*) ratificando de modo concluyente la doctrina establecida en el caso “Dugan Trocello S.R.L.”<sup>135</sup>.

Sin embargo, la CSJN, ante lo inicuo de las consecuencias derivadas de su posición, dio un giro sorpresivo en su argumentación incorporando al análisis las pautas que tiene elaboradas acerca del principio de no confiscatoriedad. A partir de aquí comienza el segundo tramo del discurso.

Reiteró que se producen efectos confiscatorios y por tanto se afecta el derecho de propiedad cuando por aplicación de normas tributarias se produce la absorción de una parte sustancial de la renta o el capital. Luego remarcó el antiguo standard que completa la afirmación anterior por el que se exige “una prueba concluyente a efectos de acreditar la confiscatoriedad que se alega”<sup>136</sup>.

Al respecto, destacó que la parte actora ofreció como prueba “Informe Especial de Contador Público” por el cuál se estableció que el monto de la obligación a pagar cifrado en moneda histórica relacionado con la renta neta debidamente ajustada implicaba una alícuota efectiva del 62%<sup>137</sup>. Con apoyo en estos datos emergentes de la prueba pericial contable concluyó que “la alícuota efectiva a ingresar de acuerdo con esos parámetros insume una sustancial porción de las rentas obtenidas por el actor... y excede cualquier límite razonable de imposición, configurándose así un supuesto de confiscatoriedad”<sup>138</sup>.

A continuación la CSJN resolvió la aplicación del “mecanismo de ajuste por inflación por el periodo correspondiente al año 2002” conforme lo había solicitado Candy S.A.

#### **4.3. Algunas observaciones sobre el fallo**

---

<sup>134</sup> Al respecto reiteró el standard de “Dugan Trocello” al afirmar que “el alegado incremento de la carga tributaria que traería aparejada la prohibición de emplear el mecanismo de ajuste del título VI de la ley del impuesto a las ganancias ha sido establecido por el Congreso Nacional, que es el único poder del Estado investido de la atribución para el establecimiento de tributos (Fallos: 155:290; 248:482; 303:245; 312:912; 316:2329; 319:3400, entre muchos otros), destacándose, al respecto, que las leyes 24.073 y 25.561 habían cumplido con el requisito del art. 52 de la Constitución Nacional en cuanto al mecanismo específico de sanción de toda ley tributaria”

<sup>135</sup> En el caso, la CSJN adhirió a los argumentos del Procurador quien afirmó: “En tales condiciones, no puede desconocerse que el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse (Fallos: 313:410), por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley —acto de suma gravedad institucional— exige que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 314:424; 320:1166). Y que quien tacha de inconstitucional una norma tributaria aduciendo que viola sus derechos de propiedad e igualdad debe probar de modo concluyente cómo tal afectación ha tenido lugar (Fallos: 314:1293 y 320:1166)”.

<sup>136</sup> Fallos: 220:1082, 1300; 239:157; 314:1293; 322:3255

<sup>137</sup> Del informa pericial, en su parte sustancial, surgieron los siguientes datos: a) Renta neta sujeta a impuesto a valores históricos: \$ 9.363.935; b) Monto de la obligación a moneda histórica (alícuota 35%): \$ 3.277.377; c) Monto de la renta sujeta a impuesto actualizada: \$ 5.289.718; d) Monto de la obligación a moneda actualizada (alícuota 35%): \$ 1.851.401. De los datos consignados surgió que relacionando la renta neta sujeta a impuesto ajustada (\$ 5.289.718) con el monto de la obligación a moneda histórica (\$ 3.277.377) la alícuota efectiva del impuesto ascendía al 62%.

<sup>138</sup> Por aplicación del criterio probatorio establecido en “Candy S.A.” la Corte Suprema ha hecho lugar a los planteamientos de los contribuyentes aunque sin señalar un porcentaje específico como luce en “Alubia S.A. c/ Afip – Dirección General Impositiva s/ Repetición” del 4/11/2014; “Asociart S.A. (T.F. 21.213 – I c/ D.G.I.” del 6/5/2014 entre otros. Asimismo rechazó la demanda por falta del informe pericial contable en donde se acredite de modo concluyente el efecto confiscatorio en “Chubb Argentina de Seguros S.A. (TF 31.134-1) c/ DGI”.

Los argumentos presentados por la CSJN resultan débiles desde varias perspectivas dando lugar a la crítica de la doctrina<sup>139</sup>. Lamentablemente lo que se presentó como una oportunidad excelente para una sólida exposición sobre un aspecto central del impuesto a las ganancias naufragó en una argumentación vacilante que instaló no pocas inquietudes.

En efecto, en el primer tramo de la misma el decisorio ratificó de modo terminante la vigencia de la prohibición de las normas relativas al ajuste por inflación sin embargo concluyó convalidando la declaración jurada presentada por el contribuyente quien aplicó el mencionado mecanismo.

Seguidamente, se proclamó que el aumento de las obligaciones tributarias como consecuencia de la prohibición del mecanismo del ajuste por inflación derivó de un acto legítimo del Congreso<sup>140</sup>. De modo que en buena lógica la mencionada prohibición era de aplicación directa al caso "Candy S.A." conforme a la interpretación dada por el propio tribunal sin embargo tampoco aplica el criterio que había elaborado.

Estas idas y vueltas argumentales se ven justificadas en la necesidad de la CSJN de relativizar la enfática y atrincherada doctrina que había establecido en la que no había espacio para atemperar las injusticias evidentes de la inflación sobre las obligaciones derivadas del impuesto a las ganancias. Para desmarcarse de su criterio el máximo tribunal iluminó el problema con el principio de no confiscatoriedad pero el mismo resultó una luz mortecina.

En aplicación del mencionado principio señaló que de mantenerse la prohibición de aplicar el ajuste por inflación el contribuyente tributaría por el 62% de la renta neta sujeta a impuesto actualizada lo que excede los límites de la razonabilidad.

Ahora bien, la ponderación según el principio de razonabilidad puede ser útil para demostrar el efecto confiscatorio (62%) sin embargo al quedar anclado al caso concreto pierde precisión generando inseguridad frente a casos futuros. A eso se suma que la solución brindada resulta poco práctica ya que obligará a los contribuyentes a litigar generando a su vez eventuales problemas de igualdad.

Llegados a éste punto hay que señalar que el máximo tribunal no acertó con el centro de gravedad del problema. Una vez más hay que reiterar que en el impuesto a las ganancias cuando la alícuota es proporcional –como es el caso– la inflación incide en la valoración numérica de la renta sujeta a impuesto. En la lógica interna del impuesto es evidente que se trata de una perogrullada pero recordar la misma resulta útil.

Bajo esta premisa, el caso presentaba todos los elementos necesarios para ser resuelto desde la perspectiva del principio de capacidad contributiva ya que el mismo reclama la distinción entre renta histórica y renta ajustada o, lo que es lo mismo, entre ganancias ficticias y ganancias reales. Ello por cuanto solo hay un efectivo aumento de capacidad contributiva en la medida que existan ganancias reales y no ganancias falsificadas por la

---

<sup>139</sup> Rodolfo Spisso, "La Corte Suprema convalida el ajuste por inflación en el Impuesto a las Ganancias con fundamentos que merecen serios reparos", *La Ley*, Suplemento Especial "Candy S.A." (julio-2009): 52; Hermosinda Egüez y Sergio Simensen de Bielke, "Ajuste por inflación: interrogantes", *La Ley*, Suplemento Especial "Candy S.A." (julio-2009); Alberto Tarsitano, "La Corte Suprema y el ajuste impositivo por inflación. La confiscatoriedad como excepción a la regla de su no vigencia", *Derecho Fiscal* 3 (mayo-junio, 2009).

<sup>140</sup> Al respecto reiteró el standard de "Dugan Trocello" al afirmar que "el alegado incremento de la carga tributaria que traería aparejada la prohibición de emplear el mecanismo de ajuste del título VI de la ley del impuesto a las ganancias ha sido establecido por el Congreso Nacional, que es el único poder del Estado investido de la atribución para el establecimiento de tributos (Fallos: 155:290; 248:482; 303:245; 312:912; 316:2329; 319:3400, entre muchos otros), destacándose, al respecto, que las leyes 24.073 y 25.561 habían cumplido con el requisito del art. 52 de la Constitución Nacional en cuanto al mecanismo específico de sanción de toda ley tributaria".

depreciación del signo monetario que puedan gravar el capital desvirtuando el hecho generador del impuesto a las ganancias.

Recordar esta distinción, además, hubiera estado en línea con el tradicional criterio de la CSJN al afirmar *“que toda la preocupación de la ley de impuesto a los réditos ha consistido en mantener en cada una de sus cláusulas la distinción permanente entre capital y renta”*<sup>141</sup>. Mas modernamente y en la misma línea el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADL) señaló que los sistemas de ajuste tienen como objetivo que la renta imponible *“sea determinada de tal modo que su eventual o potencial distribución no reduzca la capacidad operativa del capital invertido”*<sup>142</sup>.

Por último, la CSJN debió realizar una declaración expresa de inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24.073 en cuanto prohíbe el ajuste por inflación del impuesto a las ganancias.

La existencia de una inflación crónica y progresiva ha dejado sin efectos las razones que justificaron la ley 24.073 de modo que *“siendo constitucional en sus inicios ha devenido en inconstitucional al ser aplicada a una situación que se encuentra en las antípodas de la que motivara su sanción”*<sup>143</sup>. La expulsión del ordenamiento jurídico de la norma citada hubiera otorgado coherencia y solidez al fallo.

### **5. Consideraciones finales**

Lo expuesto hasta aquí puede reducirse en unas pocas afirmaciones a saber:

1. El deber de contribuir es un deber de rango constitucional fundado en la equidad cuya regulación específica se realiza a través de la ley;
2. Las leyes tributarias que hacen operativo el deber de contribuir encuentran sus límites sustanciales en el propio texto constitucional principalmente en los principios de no confiscatoriedad y capacidad contributiva;
3. Dichos límites pueden ser socavados por el fenómeno inflacionario que provoca de hecho el aumento de las obligaciones tributarias y en particular, en el impuesto a las ganancias;
4. En el mencionado impuesto la pérdida del valor del dinero tiene efectos diferentes según la ley establezca una alícuota proporcional o progresiva. Cuando la alícuota es proporcional, como ocurre en el régimen de las personas jurídicas, la inflación falsea la composición de la base de imposición; por su parte, si la alícuota es progresiva el contribuyente “asciende” en la escala por lo que resulta alcanzado por una alícuota mayor;
5. Para corregir esa inequidad se elaboró el mecanismo de ajuste por inflación que fue incorporado a la ley del impuesto a las ganancias –aunque solo para las personas jurídicas- pero fue suspendido como consecuencia de la Ley de Convertibilidad. En consecuencia, los balances se deben presentar cifrados en moneda histórica los que pueden presentar ganancias trucadas por la pérdida de valor de la moneda;
6. Esta cuestión fue tratada por la CSJN quien reiteró como criterio general la vigencia y constitucionalidad de las normas que prohíben el ajuste por inflación. Sin embargo, con el propósito de atenuar los efectos tributarios desproporcionados que se derivaban del criterio expuesto el máximo tribunal decidió atemperar el mismo;
7. Para ello estableció como excepción a la prohibición mencionada que en el impuesto a las ganancias se pueden aplicar las normas del ajuste por inflación cuando la obligación tributaria absorbe el 62% de la renta neta sujeta impuesto cifrada en valores ajustados. Dicho extremo debe ser objeto de una prueba precisa y concluyente;

---

<sup>141</sup> Fallos: 182:417 “Petróleo Challaco Neuquén S.A. c. Fisco Nacional” del 07/12/1938.

<sup>142</sup> X Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Quito, Octubre, 1981.

<sup>143</sup> Rodolfo Spisso, “La Corte Suprema...”, 4.

8. La solución no establece un porcentaje definitivo sobre el alcance de los efectos confiscatorios de manera que instala la inseguridad jurídica para casos futuros. Asimismo la solución es poco práctica atento a que coloca a los contribuyentes en la obligación de litigar cuando la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un problema crónico en la Argentina;

10. Una argumentación cuya premisa hubiera consistido en la consideración de los efectos de la inflación sobre la base de imposición del impuesto a las ganancias desde la perspectiva del principio de capacidad contributiva hubiera brindado una solución dogmáticamente aceptable al establecer la cuestión a decidir ante la opción de gravar ganancias ficticias o reales;

11. Finalmente, la declaración de inconstitucionalidad hubiera completado la respuesta jurídica adecuada al fenómeno inflacionario ya que mantener leyes que se hicieron en época de estabilidad monetaria en la actualidad han perdido su justificación de modo que al máximo tribunal le faltó la necesaria perspectiva de una mirada de más largo alcance.

## CONSUMO, EQUIDAD TRIBUTARIA Y LIBERALISMO IGUALITARIO\*

Cristián A. Fatauros\*\*

**Resumen:** Este trabajo investiga la aplicación de la teoría de la justicia rawlsiana a las instituciones tributarias. Se considera la plausibilidad de criterios basados en reglas de sentido común y el ajuste de dichas intuiciones a la luz de los principios de *Justicia como Equidad*. Una vez reconstruida la teoría se desarrollan las implicancias prácticas referidas a los tributos directos e indirectos. Adicionalmente se evalúa una crítica de incoherencia por el uso conjunto de exigencias de trato equitativo y exigencias de maximizar la posición de los que peor están.

**Palabras claves:** tributos - equidad – consumo.

### 1. Introducción

La distribución equitativa de las cargas tributarias constituye uno de los problemas más relevantes en el diseño institucional de una sociedad justa. Para resolver este problema es necesario partir de consideraciones más generales que se apoyan sobre una teoría de justicia distributiva. A pesar de su importancia la filosofía política ha sido renuente en tratar este tema. La obra contemporánea más importante sobre justicia distributiva, A

---

\* Este trabajo es una síntesis de la ponencia presentada en el V Simposio de Ética y Filosofía Política, Córdoba, Argentina. Agradezco las observaciones y preguntas de Roberto Saba, Federico Orlando, Josefina Ferreyra, Rodolfo Salassa Boix, Guadalupe Lanzaco y Hernán Bouvier. Agradezco el apoyo financiero del CONICET para realizar este trabajo que forma parte de mi investigación doctoral.

\*\* Abogado (UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente Investigador en Ética Pública (CIJS). Profesor Auxiliar en Ética y en Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (FDyCS-UNC). Participante en diversos proyectos de investigación financiados por SECyT y CONICET. Responsable del Programa de Ética y Teoría Política. Investigador Visitante en Dinamarca (AU), Bélgica (UCL) y Chile (UAI). Miembro Permanente del Grupo “Derecho, Ética y Política” (DEEP). Correo electrónico: fatauros.cristian@gmail.com.

*theory of Justice*, por ejemplo, dedica sólo unos párrafos a identificar el sistema tributario de una sociedad justa. Este trabajo intenta contribuir a ese desarrollo y en particular examina la concepción de justicia de John Rawls, el modo en que sus principios se aplican al diseño institucional tributario. En mi opinión, garantizar la igual participación política, la igualdad en libertades básicas y la igualdad de oportunidades equitativas no depende solamente de incrementar la recaudación fiscal. Algunos mecanismos tributarios pueden ser necesarios porque cumplen funciones vinculadas con establecer un trato equitativo como ciudadanos libres e iguales.

## **2. Restricciones del marco teórico**

¿Quiénes son los obligados a contribuir? ¿Cuánto deben contribuir? Un diseño institucional justo no debe aplicar impuestos según criterios basados en circunstancias naturales, por ejemplo, por el origen racial o étnico, pero tampoco por el IQ de los ciudadanos. Tampoco sus circunstancias sociales deben tomarse como criterio, es decir, no por el hecho de haber nacido en una familia adinerada, el ciudadano debería pagar más, pero tampoco menos que otros. No obstante, igualdad estricta no necesariamente implica equidad.

En una sociedad bien ordenada los principios de justicia aseguran: 1) iguales libertades básicas (participación política, libertad de opinión, de reunión, de contratación, de circulación, de ocupación); 2) oportunidades sociales equitativas (acceso a los cargos según el mérito, acceso a oportunidades educativas para el desarrollo personal y profesional, acceso a servicios de salud adecuados); 3) iguales ingresos económicos a menos que la desigualdad económica beneficie a los que están en la posición más baja (situación de encadenamiento, rechazo de la teoría del derrame).

## **3. ¿Sentido común tributario?**

Es necesario determinar cuando nace la obligación tributaria, ya que ésta puede generarse en diferentes momentos. Así, debemos preguntarnos si es correcto: (a) tomar el monto que ingresa al patrimonio una vez que se descuentan los consumos (i.e. si tributar sobre los ahorros); (b) tomar el monto bruto que ingresa al patrimonio antes de los consumos (i.e. tributar sobre las ganancias); o (c) tomar la ganancia que es consumida (i.e., tributar sobre el consumo).

Alguien podría sostener que la recaudación fiscal debería presionar más a los ciudadanos más capaces, por ejemplo, imponer tributos sobre quienes tienen más oportunidades que otros. En ese sentido podría exigirse menos de quienes no tienen acceso a instancias de educación superior, porque cada uno debería contribuir proporcionalmente según su nivel de acceso a los bienes culturales de su sociedad. Ahora bien, ¿cómo es posible evaluar la estructura impositiva correcta a la luz de estas reglas de sentido común? Para responder esta cuestión, analicemos la respuesta de Justicia como Equidad.

Un ejemplo de teoría filosófica que provee un criterio único para solucionar los conflictos es el consecuencialismo en su variante bienestarista cuyo criterio de evaluación de las instituciones es el bienestar general<sup>144</sup>. Claro que es difícil evaluar si

---

<sup>144</sup>John Stuart Mill, *Utilitarianism*, 2nd ed. (Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Co., 2001). 57-58.

la remuneración y los tributos de un trabajador asalariado son equitativas, según si se incrementa el bienestar general. Uno podría tener en cuenta las necesidades concretas de la familia del trabajador (y sus particulares circunstancias). Estas mismas consideraciones sobre necesidades y circunstancias particulares podrían ser válidas para determinar si los tributos que paga el trabajador son equitativos. ¿O deberíamos tener en cuenta el hecho que sus ingresos tienen una naturaleza diferente de la de cualquier otra persona que recibe ingresos económicos de una fuente diferente, e.g. por ganancias de capital? ¿O deberíamos tener en cuenta sólo el nivel de consumos?

#### **4. El ajuste de intuiciones y los principios de justicia**

Para garantizar la distribución adecuada de estos bienes, las instituciones se dividen en ramas gubernamentales, cada una de las cuales cumple una función administrativa específica. Una de ellas se encarga de garantizarla equidad en la distribución económica. Para alcanzar este objetivo el gobierno diseña tributos que, por un lado, intentan regular la posesión exclusiva de los medios de producción y así procurar una amplia distribución de la riqueza. Esta distribución amplia previene las concentraciones de riqueza que hacen peligrar la igualdad de libertades y oportunidades sociales. Por otro lado, los tributos persiguen incrementar la recaudación de fondos que son necesarios para satisfacer las exigencias que impone la igualdad, i.e. asegurar un ingreso mínimo social y maximizar la posición de los que están peor<sup>145</sup>.

##### **4.1. Los impuestos directos (sobre las ganancias)**

El principio de la diferencia se satisface cuando existen medios institucionales para evitar que la distribución de bienes económicos sea moralmente arbitraria. Así, *las ganancias obtenidas sobre las base de factores moralmente arbitrarios* (como por ejemplo, ser heredero de una fortuna o tener talentos productivos) *sólo están justificadas si mejoran la posición de los que están en la posición distributiva más baja*<sup>146</sup>. El grado de incidencia tributaria debería eliminar progresivamente las desigualdades que se generen, pero si se demuestra que ellas producen beneficios económicos para el grupo de los menos aventajados, entonces podrían permitirse. El mejor ejemplo de estas actividades son las transferencias a título gratuito *mortis causae* (herencias y legados). El beneficio que obtienen los herederos está basado en una circunstancia arbitraria, tan arbitraria como el hecho de poseer talentos extraordinarios que han sido distribuidos por la “lotería natural”. Así, la tasa de progresividad podría ser mayor a medida que el impacto económico en el patrimonio personal de los herederos es mayor o en tanto la naturaleza de la relación entre el causante y el heredero sea un tipo de relación “determinada por factores arbitrarios”<sup>147</sup>.

Pero la desigualdad económica relativa no es el único factor relevante. La protección de la igualdad en el *valor* de las libertades políticas también es importante y una condición necesaria para garantizar dicha equidad es lograr la dispersión amplia de la propiedad privada de los medios de producción<sup>148</sup>. Para lograr este objetivo deben implementarse impuestos directos sobre la propiedad privada de los medios de producción (pero

---

<sup>145</sup>John Rawls, *A Theory of Justice. Revised Edition*. (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1971-1999). 245-46.

<sup>146</sup>Ibid., 245 y ss.

<sup>147</sup>Anne L Alstott, "Equal Opportunity and Inheritance Taxation," *Harvard Law Review* (2007): 507 y ss.

<sup>148</sup>Rawls, *A Theory of Justice. Revised Edition*: 245.

también de los inmuebles) respetando siempre las libertades de ocupación, de comercio y de disposición de los bienes.

Este sistema de tributos está justificado por el objetivo que se busca promover, i.e. evitar que la acumulación excesiva de riquezas pueda poner en peligro la igualdad política, las demás libertades y el sentido del respeto por uno mismo. La desigualdad excesiva es preocupante porque lesiona el equilibrio que supone la igualdad de libertad de ocupación, de expresión y de acceso a los bienes culturales, educativa y sanitaria. Además, los ciudadanos que carecen del poder que representa la riqueza económica pueden ver socavada su confianza en sí mismos para alcanzar mejores posiciones y el acceso a mejores oportunidades, si éstas sólo existen en favor de los más poderosos y con bienes de los que ellos carecen.

#### **4.2. Los impuestos indirectos (sobre el consumo)**

Ahora bien, más importante aún, el principio de la igual libertad exige que cualquier ciudadano pueda disfrutar de un nivel de vida decente y que tenga sus necesidades básicas satisfechas. Por razones obvias, la satisfacción de estas exigencias no puede dejarse en manos de una institución competitiva como el mercado de bienes y servicios<sup>149</sup>. Es necesaria una fuerte intervención estatal para garantizar a los ciudadanos que el disfrute de un estándar de vida decente no dependa de sus capacidades productivas y de los productos y servicios que puedan ofrecer en el mercado<sup>150</sup>. La justificación del principio de igual libertad se apoya sobre un ideal de igualdad moral que parece favorecer una noción de igualdad estricta en las contribuciones económicas; si todos deben disfrutar iguales libertades, todos deben soportar iguales cargas tributarias. El problema es que una carga tributaria estrictamente igual no trata como iguales a quienes tienen diferentes capacidades productivas o diferentes ingresos económicos. Para quienes tienen lo mínimo para vivir decentemente y apenas satisfacen sus necesidades básicas, una contribución fija podría ser insoportable. Basta imaginar a aquellos que ejercitan sus libertades de manera más amplia, se benefician considerablemente de la producción de bienes y servicios necesarios para ejercer el comercio internacional, y disfrutan del poder adquisitivo que permite el dinero. Para quienes tienen un salario que se encuentra entre los percentiles más altos, la misma contribución que para los de percentiles menores sería exigua o irrisoria. Por otra parte, tampoco toma en cuenta las desigualdades en la capacidad de consumo o en el consumo efectivo. La premisa de la igualdad moral justifica un trato equitativo pero no justifica una contribución exactamente igual<sup>151</sup>.

Uno podría suponer que el principio de la diferencia debe aplicarse también a las instituciones tributarias recaudatorias. Aquellos ciudadanos que disfrutan más sus libertades deberían contribuir progresivamente para que el disfrute, y el consumo de bienes y servicios sea cada vez más amplia y consecuentemente el nivel de vida en

---

<sup>149</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2000).

<sup>150</sup> Coincidiendo con lo destacado por Stephen Holmes y Cass Sunstein, las libertades dependen de una acción estatal que las proteja y regule Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, ed. Roberto Gargarella and Paola Bergallo, trans. Stella Mastrangelo, Derecho y Política (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011).

<sup>151</sup> El rechazo a un tributo de tasa plana es el comienzo de las discusiones sobre la equidad y las diferencias relevantes para apartarse de la estricta igualdad, véase LB Murphy and T Nagel, *The myth of ownership: taxes and justice* (Oxford University Press, USA, 2004). 13-14, 27.

general será cada vez más alto. De hecho esta interpretación maximalista es compatible con la primera formulación del principio rawlsiano de la igual libertad que exigía “el esquema más amplio de libertades”. Sin embargo, este maximalismo sería una incorrecta aplicación de un criterio de prioridad dentro de un principio que persigue la igualdad. En tanto todos los ciudadanos disfruten de igualdad estricta en el valor de libertades y oportunidades políticas, no se exige que el resto de las libertades sea asegurado en la misma extensión, basta que exista una igualdad aproximada o que no exista una desigualdad sistemática y profunda.

Las cargas tributarias deben ser proporcionales al nivel de consumo de cada ciudadano y no deben tener como objetivo maximizar las expectativas de las demás libertades (que no son políticas) de los que tienen un disfrute menor. En contextos de igualdad aproximada, es equitativo que quienes consumen y gastan más, deben contribuir más. La proporcionalidad respeta la igualdad moral de las personas, la responsabilidad individual en el gasto y además no interfiere con las desigualdades en ingresos y riquezas que son justificadas por el principio de la diferencia.

Primero, el consumo excesivo de bienes tiene el efecto de reducir las porciones distributivas de los demás. Cuando el consumo supera la porción equitativa de bienes, se produce una inequidad en la distribución y una disminución en las porciones distributivas de los demás. Segundo, es muy probable que quienes tienen un nivel de consumo muy elevado también tengan un nivel de ingresos muy elevado y por lo tanto, los tributos aplicados sobre el consumo también tienen el efecto de aumentar proporcionalmente a medida que las personas ganan más dinero. En conclusión, los ciudadanos de una sociedad justa tienen la obligación de contribuir de acuerdo a su nivel de consumo a fin de restablecer la equidad que resulta de su invasión de las porciones ajenas.

La justificación de la decisión de gravar los consumos se apoya sobre las ideas normativas que constituyen la base del liberalismo igualitario rawlsiano. Por una parte, la idea de un ciudadano que es libre de planificar su vida y la satisfacción de sus preferencias (consumos), es igual en tanto goza de las mismas libertades que cualquier otro y tiene las mismas oportunidades que cualquier otro. Por otra parte, la idea de sociedad que es conceptualizada como una empresa cooperativa para la producción de bienes sociales y económicos con el objetivo de beneficiarse recíprocamente. Estas dos nociones apoyan la determinación de criterios normativos aptos para evaluar el sistema de contribuciones proporcionales al consumo en una sociedad justa. En una sociedad justa, las circunstancias socioeconómicas de los ciudadanos dejan de ser determinantes para obtener un empleo y la posesión arbitraria de talentos naturales es neutralizada por las instituciones educativas que estimulan y contribuyen al desarrollo equitativo de talentos y capacidades. En esta situación ideal, las personas tendrían oportunidades de acceder a diferentes puestos de trabajo y los bienes sociales producidos colectivamente son distribuidos de manera igual, a menos que sea necesario cierto entrenamiento o habilidad específica o que un trabajo sea particularmente demandante.

Las desigualdades económicas justificadas benefician a los que peor están, pero estos beneficios no podrían consistir en una mejora en el ejercicio de libertades básicas debido a que en una sociedad justa todas las libertades están garantizadas de manera igual y sólo el valor de las libertades políticas debe ser estrictamente igual. Por ello, sólo resultará admisible beneficiara los que están peor mejorando sus expectativas de obtener ingresos más altos. Un incremento en la expectativa de recibir mejoras en el

alumbrado público o en la limpieza de calles, no cuenta como una mejora exclusiva. Esto nos brinda una de las razones por las que no está justificado aplicar un impuesto a las ganancias que se aplique progresivamente sobre las ganancias a los fines de realizar las transferencias necesarias para maximizar la posición de quienes reciben menos.

Dentro de la concepción de la *Justicia como Equidad* los impuestos sobre las ganancias no tienen la función de incrementar la recaudación fiscal sino de disminuir la arbitrariedad moral. Otra razón por la que los impuestos sobre las ganancias no cumplen una función recaudatoria es que las desigualdades en ingresos motivan el desarrollo de talentos y su aplicación a la producción social cooperativa. Los tributos progresivos sobre las ganancias producirían una interferencia indeseable con las desigualdades permitidas para funcionar como incentivos.

Además, suponiendo que la manera correcta debería ser aplicar tributos sobre los ingresos, las personas beneficiadas por la aplicación del principio de la diferencia que ahora tienen mejores ingresos deberían pagar más tributos que cuando estaban peor. Esta conclusión es sorprendente porque la principal ocupación de un gobierno igualitario es, en primer lugar, obtener recursos para a) proveer servicios públicos y b) garantizar la condición de un ingreso mínimo apto para satisfacer las necesidades humanas. En un esquema institucional justo, la recaudación fiscal necesaria para satisfacer estas garantías está fijada a dos parámetros absolutos: el costo de proveer los servicios públicos (cuyos costos no se incrementan por el hecho de aumentar la cantidad de ciudadanos que los utilizan) y a la satisfacción de necesidades básicas de su población (que debe superar un umbral de pobreza absoluto).

Por otra parte, exigir más de los que menos ganan por los beneficios que reciben como condición para justificar las ganancias de los que más ganan, es contraintuitivo. A la vez que se los beneficia, porque de otro modo las desigualdades en ingresos serían moralmente injustificadas, se los perjudica exigiéndoles una contribución mayor por un beneficio del que no son responsables. Los impuestos sobre las ganancias tendrían un doble efecto de mejorar la posición de los que están peor a través de beneficios económicos y a la vez empeorar esta misma posición, gravando los beneficios económicos extras que ahora reciben.

Por estas razones, creo que la defensa de tributos proporcionales sobre el nivel de consumo de bienes es el mejor esquema idealmente considerado. Dado que las personas tienen niveles desiguales de consumo, no parece desatinado vincular la proporcionalidad de los tributos a este consumo. Si se satisface la condición de tratar con uniformidad a los consumos de los ciudadanos, la imposición tributaria no desincentiva el consumo<sup>152</sup>. Asimismo, en la medida que dicho esquema sea neutral respecto de la libertad de ocupación y no afecte las decisiones relativas al trabajo, trata a todas las personas de manera igual. En síntesis, para satisfacer las exigencias de la justicia en la provisión de servicios públicos y asegurar un umbral de suficiencia mínimo, *Justicia como Equidad* propone un principio de tributación sobre el consumo de bienes y servicios: “la satisfacción de las necesidades básicas y la garantía de un nivel de

---

<sup>152</sup>Incluso se afirma que el sistema tributario de una sociedad marcada por la injusticia debería tratar de modificar su estructura para aplicar un principio de progresividad en los tributos sobre el consumo. Véase Edward J McCaffery, "The Political Liberal Case Against the Estate Tax," *Philosophy & Public Affairs* 23, no. 4 (1994): 296 y ss.

*ingresos mínimo exige una contribución proporcional de cada persona según sus niveles personales de consumo”.*

Barbara Fried ha propuesto una crítica interna que objeta el esquema rawlsiano de tributos proporcionales sobre los consumos<sup>153</sup>. Para Fried los ingresos de los ciudadanos no son tratados de manera uniforme ya que los tributos sobre el consumo no aplican la misma uniformidad que el principio de la diferencia<sup>154</sup>. Por un lado, los ciudadanos reciben gravámenes impositivos sobre sus ingresos evaluados desde un nivel absoluto (en el caso de los que más ganan) y reciben transferencias en ingresos y riquezas (en el caso de los que menos ganan), y esto viola la uniformidad.

Por otro lado, Fried afirma que el principio de la diferencia exige que las desigualdades resultantes mejoren la posición de los que menos ganan. Una vez descontados los tributos sobre los ingresos y sumadas las transferencias necesarias, los ciudadanos deben tributar sobre los consumos y supuestamente, la noción de proporcionalidad garantiza uniformidad. Pero según el argumento de Fried, la uniformidad en el trato se asemeja a una “*isla de derechos deontológicos inundada por un mar de exigencias redistributivas*”<sup>155</sup>. Para ella la conjunción de, por un lado, exigencias redistributivas fundadas en el principio de la diferencia y, por otro lado, exigencias deontológicas de igualdad en el trato, sería inconsistente sólo si olvidamos que las exigencias redistributivas rawlsianas están fundadas en consideraciones deontológicas<sup>156</sup>. Pero además, si existen ingresos desiguales, no necesariamente deben ser gravados para satisfacer el principio de la diferencia. Además, Fried acepta que los tributos proporcionales sobre el consumo *de hecho* tratan por igual a los ricos y a los pobres. Lo único que le parece problemático es que precisamente sean los ingresos de quienes más ganan, los que deban redundar en beneficios para quienes menos ganan.

## **5. Conclusiones**

En síntesis, garantizar el primer principio (igualdad política y libertades básicas) exige asegurar que cada ciudadano pueda ejercer sus libertades de manera compatible de manera igual. Para ello, se impone la obligación de contribuir de manera proporcional a los consumos. Existen varios argumentos que justifican este sistema. Por una parte, los bienes y servicios son producidos cooperativamente, y suponiendo que todos ganan igual y que los ingresos son “obtenidos equitativamente”, quienes consumen más no deberían ser subvencionados por quienes consumen menos. Un tributo proporcional sobre los consumos trata a las personas como responsables por sus planes de vida. Además, se introduce la idea de bienes y servicios como un “pozo común de recursos generados socialmente” y se satisface el ideal de igual respeto y consideración en dos sentidos. Por un lado, cada persona es tratada como un ciudadano igual respecto de los demás (sin introducir desigualdades fundadas en factores arbitrarios como sus circunstancias naturales o sociales) y por otro lado, las personas que realizan trabajos más pesados o gravosos y que reciben ingresos compensatorios extras no reciben una carga impositiva extra.

---

<sup>153</sup>Barbara H Fried, "Puzzling Case for Proportionate Taxation, The," *Chap. L. Rev.* 2(1999).

<sup>154</sup>Ibid., 185.

<sup>155</sup> “In the context of the overall *Rawlsian* scheme, the right not to have one’s income taxed at a higher marginal rate than one’s neighbour’s stands as an island of deontological rights swamped by a sea of redistribution” *ibid.*

<sup>156</sup> Lo he aclarado en “Justicia Distributiva y la Relevancia Moral de la Suerte” Tesis doctoral presentada para su evaluación, Universidad Nacional de Córdoba, 2014.

En segundo lugar, garantizar igualdad equitativa de oportunidades sociales exige promover la dispersión amplia de la propiedad privada y regular la posesión de los medios de producción. Para ello se imponen tributos (que pueden ser progresivos) sobre las riquezas (bienes muebles, inmuebles y sobre el capital). Este sistema de tributos está justificado por el objetivo que se busca promover, i.e., la acumulación excesiva de riquezas que pueda poner en peligro la igualdad política y de las demás libertades. La desigualdad excesiva es preocupante porque lesiona el equilibrio que supone la igualdad de libertad de ocupación, de expresión y de acceso a los bienes culturales, educativa y sanitaria. Además, los ciudadanos que carecen del poder que representa la riqueza económica pueden ver afectado el respeto por sí mismos.

En tercer lugar, garantizar la equidad económica (i.e. que las desigualdades económicas beneficien a los que están en la posición más baja) exige evitar que los ciudadanos puedan obtener ingresos económicos sobre la base de circunstancias naturales (ser talentoso o productivo) o sociales (recibir una herencia) ya que esto constituye una arbitrariedad. Para ello se imponen tributos sobre las herencias, legados y donaciones y sobre los premios, descubrimiento y explotación de recursos naturales. En estos casos, mientras mayor sea el factor azaroso, mayor debería ser la progresividad del tributo. La justificación de estos ingresos obtenidos arbitrariamente requiere beneficiar económica y socialmente a los que están en la posición más baja, aunque la alícuota no debería llegar al 100% de la base imponible.

Del mismo modo, si existe algún tipo de desigualdad económica que se utiliza como incentivo para que las personas sean más productivas, y para que inviertan tiempo y energía para desarrollar sus talentos, no deberían imponerse gravámenes para no entorpecer con la función de incentivo. Los recursos para redistribuir beneficios a los que están en la posición más baja y para garantizar oportunidades sociales equitativas, se obtienen de los tributos proporcionales sobre los consumos. Los recursos para satisfacer la igual participación política y la igualdad de libertades básicas, se obtienen de los tributos sobre las riquezas (capitales, muebles e inmuebles) y de los tributos sobre las herencias, legados, donaciones, premios y descubrimientos. En caso de fallas estructurales (cuando las instituciones son injustas) son necesarias medidas que en una situación ideal serían consideradas inequitativas. Las ganancias “injustamente obtenidas” deben ser gravadas (proporcional o progresivamente).

## ALGUNOS INTERROGANTES EN TORNO AL DEBER DE CONTRIBUIR: POR QUÉ, PARA QUÉ, CÓMO Y QUIÉNES

Rodolfo Salassa Boix<sup>157</sup>

**Resumen:** Considerando que el deber de contribuir es una obligación generalizada en la mayoría de los Estados modernos, incluyendo a la Argentina, y que constituye la piedra angular de todo sistema tributario, el objeto de este trabajo consiste en responder, a partir de un análisis jurídico dogmático, una serie de interrogantes clave que giran en torno al dicho deber. Estos interrogantes se vinculan con su fundamentación, finalidad, limitaciones y sujetos comprendidos, en virtud de lo cual indagaremos sobre el por qué, para qué, cómo y quiénes del deber de contribuir. A raíz de nuestra investigación llegamos a las siguientes conclusiones: contamos con el deber de contribuir porque vivimos en sociedad; para solventar los gastos que conlleva vivir en sociedad; concretándose a través de recursos tributarios y junto al derecho a que dicha contribución se realice respetando los principios y las garantías fiscales de rango constitucional y, finalmente, tenemos el mandato de contribuir con el Estado todos aquellos que presentemos alguna vinculación económica con su territorio por medio de la cual recibimos los beneficios que reporta la vida en sociedad.

**Palabras clave:** hacienda pública - deber de contribuir - potestad tributaria.

### 1. Introducción

Hasta el año 1994 el deber de contribuir no estaba recogido expresamente en la Constitución argentina, sólo existía un reconocimiento implícito que se derivaba de la interpretación sistemática de alguno de sus artículos (artículos 4; 17; 52 y 75, CN). De tal forma que este deber se infería de aquellas normas constitucionales en las que se

---

<sup>157</sup>Universidad Nacional de Córdoba. Abogado, Universidad Nacional de Córdoba-Argentina (UNC). Magister en Derecho de la Empresa y la Contratación y Doctor en Derecho (mención europea), Universidad Rovira i Virgili de Tarragona-España (URV). Premios extraordinarios de fin de máster y de tesis doctoral. Profesor de grado y de postgrado de Derecho tributario en la UNC y en la URV. Investigador del Conicet. Miembro del Programa de Ética y Teoría Política y del Instituto de Derecho Tributario de Córdoba-Argentina. Autor de numerosas publicaciones y ponencias en revistas y eventos nacionales e internacionales. Correo electrónico: rodolfoboix@gmail.com.

consagraba expresamente la potestad tributaria del Estado y la manera de distribuir dicha potestad entre los diferentes niveles de gobierno de nuestro país. Al consagrarse explícitamente la potestad en favor del Estado subyacía implícitamente la otra cara de la moneda: el deber de los administrados de acatar dicha potestad y, por ende, de contribuir a las arcas del Estado. Hubo que esperar hasta la reforma de 1994 para que este deber tenga una consagración constitucional expresa, la cual se plasmó a través de los tratados internacionales de derechos humanos que consagró el artículo 75, inciso 22. Concretamente en el artículo XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 que sostiene que: "Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos"<sup>158</sup>.

Atento que hoy en día este deber "...es una obligación generalizada en todos los Estados modernos"<sup>159</sup>, incluido nuestro país, y que constituye la piedra angular de todo sistema tributario, el objeto de este trabajo consiste en responder, a partir de un análisis jurídico dogmático, a una serie de interrogantes clave que giran en torno al deber de contribuir. Estos interrogantes se vinculan con su fundamentación, finalidad, limitaciones y sujetos comprendidos, en virtud de lo cual indagaremos sobre el por qué, para qué, cómo y quiénes de dicho deber.

## **2. Fundamentación: ¿por qué?**

La fundamentación del deber de contribuir no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina ya que coexisten diversas posiciones, las cuales pueden organizarse en dos grandes teorías. Por un lado, tenemos aquellos juristas que fundamentan este deber en el poder sancionador del Estado y, por el otro, aquéllos que se remontan a la idea de "Pacto Social". Nuestra idea no es profundizar en estas cuestiones propias del ámbito de la Teoría Política sino mencionar los principales fundamentos de estas teorías y decantarnos por una de ellas para continuar con nuestro análisis.

La primera postura defiende que las normas que configuran el deber de contribuir pueden interpretarse como un conjunto de directivas a los poderes públicos para que éstos impongan las sanciones que hagan eficaz esa exigencia meta-jurídica de conductas privadas<sup>160</sup>. De esta manera, la vinculación o exigencia jurídica de una conducta siempre implica, en primer término, la mediación de un poder sancionador.

La segunda postura tiene su piedra angular en los contractualistas clásicos (Puffendorf, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant) y afirma que los deberes constitucionales tienen su génesis en el sistema político moderno basado en la idea de un "Pacto Social" del que nacen compromisos tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos. El poder

---

<sup>158</sup> Esta incorporación constitucional ha sido reconocida recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) cuando dijo que "...los tributos establecidos por el Poder Legislativo adquieren primordial relevancia y tienen como lógico correlato el deber de los individuos de contribuir al sostenimiento estatal, tal como surge del artículo XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -que por expresa previsión tiene jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional)..." (CSJN, *Candy S.A. c/ AFIP*, de 3 de julio de 2009 (C. 866 XLII), considerando 11).

<sup>159</sup> Francisco García Dorado, *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación* (Madrid: Dykinson, 2002), 6. En lo que se refiere a las constituciones de nuestros vecinos de América del Sur podemos distinguir dos grandes grupos. Por un lado, tenemos aquellos países en los que existe un reconocimiento constitucional expreso del deber de contribuir (Argentina, art. 75, inc. 22; Bolivia, art. 8.4; Colombia, art. 95.9; Ecuador, art. 83.15; Guatemala, art. 135.4 y Venezuela, art. 133) y, por el otro, encontramos aquellos países en los que no existe dicho reconocimiento explícito, aunque generalmente se puede inferir del resto del articulado de sus constituciones (Chile; Brasil; Ecuador; Paraguay; Perú; Uruguay).

<sup>160</sup> Santiago Varela Díaz, "La idea de deber constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional* 4 (1982): 87.

del Estado es aceptado y consentido por las personas para la seguridad de todos, la salvaguardia y el desarrollo de la comunidad y la protección de los derechos de la persona<sup>161</sup>. Con esta finalidad los hombres se unen en una sociedad y se sitúan bajo la protección estatal aceptando limitar sus libertades en forma de deberes fundamentales, ya que “las ventajas de vivir en sociedad tienen como contrapartida ciertos deberes mínimos”<sup>162</sup>.

La mayoría de la doctrina tributaria adhiere a la última postura y entiende a este “Pacto Social” como “un acuerdo entre los ciudadanos para constituir una entidad estatal que promueva nuestro bienestar, de modo que establezca necesariamente limitaciones razonables a nuestros derechos y libertades, y a su vez, cargas derivadas de la vida en común”<sup>163</sup>. Nosotros también partimos de esta postura para nuestro análisis.

Atento que la contracara del deber de contribuir es la potestad tributaria del Estado, se observan algunas características comunes entre ambos que permiten comprenderlos mejor. Tanto el deber de contribuir como la potestad tributaria presentan las siguientes características: son abstractos, debido a que existen independientemente de su ejercicio efectivo; permanentes, porque persisten mientras exista el Estado y no se encuentran limitados en el tiempo, y generales, ya que abarcan toda la materia tributaria.

Se ha afirmado que este deber se fundamenta en la capacidad contributiva porque nunca puede aportar quien no tenga alguna manifestación positiva de riqueza. Esta afirmación es difícilmente objetable pero no nos podemos quedar en esta instancia ya que aún quedan muchas preguntas por responder para fundamentar este deber. Tal vez queda agotada la cuestión de por qué se debe afrontar tal o cual tributo en particular pero no por qué pesa sobre los miembros de la sociedad el deber general de contribuir con los gastos del Estado.

Para entender este punto es importante distinguir la deuda tributaria que pesa sobre el sujeto pasivo en una relación jurídica tributaria concreta (un gravamen en particular) del deber particular de contribuir con los gastos del Estado en general que corresponde a todos los que están bajo el amparo de la Constitución. En esta misma línea, tampoco es lo mismo hablar del derecho de acreencia que posee el sujeto activo de una obligación tributaria concreta que de la potestad tributaria del Estado. Esta diferencia indica que el fundamento último del deber constitucional de contribuir, y el de su correlativa potestad tributaria, no puede ser el mismo que el de la obligación tributaria, ya que ésta consiste en la plasmación legislativa concreta que se justifica justamente en la potestad tributaria abstracta del Estado.

A partir de ello, podemos afirmar que la capacidad contributiva es el fundamento último de la obligación tributaria pero no del deber de contribuir y que, en todo caso, funciona como uno de los límites que restringen el ejercicio de la potestad tributaria del Estado.

---

<sup>161</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez, “Los deberes constitucionales”, en *Doxa: cuadernos de filosofía* 4 (1987): 337.

<sup>162</sup> Martín Diego Farrell, “Superogación y deber”, *Análisis Filosófico* 1 (1984-Vol. IV): 38. “El hombre por su naturaleza social, no puede alcanzar sus fines sino en el seno de la vida social: pero ésta no es posible sin sujetarse a un orden justo, imperativo y externo, es decir, sin sujetarse a un ordenamiento jurídico. Cada comunidad social... crea su propio ordenamiento tendiendo al bien común. De aquí se deriva la necesidad de realizar y cumplir este ordenamiento jurídico positivo por todos y cada uno de los miembros de la comunidad, lo que se traduce para ellos en un deber jurídico condicionante de todo su obrar y su convivir...” (Ismael Peidró-Paster y Lino Rodríguez-Arias Bustamante, “Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Segunda Época* 3 (1948-T. XI): 275).

<sup>163</sup> Luis Alberto Durán Rojo, “La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio”, en *Temas de Derecho tributario y de Derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller* (Lima: Palestra Editores, 2006), 61.

Una vez comprendido que la capacidad contributiva es el fundamento último de la obligación tributaria la siguiente pregunta sería por qué deben contribuir quienes manifiestan algún grado de capacidad contributiva. La respuesta se encuentra en la necesidad que tiene el Estado de proveerse de ingresos, y éstos son necesarios porque de otra manera el Estado no podría funcionar como tal y se truncaría cualquier posibilidad de vivir en sociedad.

De esto se colige que si ubicamos el fundamento de este deber en la capacidad contributiva nos situamos exclusivamente dentro del Derecho tributario; si lo ubicamos en la necesidad de obtener ingresos para financiar los gastos públicos nos situamos en el Derecho financiero y si lo ubicamos en la limitación de derecho que implica la vida en sociedad nos situamos en el Derecho constitucional. La clave está en este último.

Este planteo se advierte mejor cuando acudimos a otro derecho constitucional muy similar al que estamos analizando: el de armarse en defensa de la patria<sup>164</sup>. Quedarse con la capacidad contributiva como el fundamento último del deber de contribuir implicaría aceptar que el deber de armarse en defensa de la patria se fundamenta en la capacidad física y mental de los ciudadanos. Es evidente que aquella capacidad será un requisito vital para exigir la ejecución de dicho deber pero no el fundamento último, ya que bien podríamos preguntarnos por qué debe armarse en defensa de la patria todo aquel que tenga capacidad física y mental. La respuesta estriba en la necesidad que tiene el Estado de defenderse ante eventuales ataques que pongan en jaque a su soberanía. Para ello, cuando sea conveniente, se podrá acudir a este deber constitucional y a la correlativa potestad estatal para reclutar ciudadanos a través de la ley.

Aquí es cuando comprobamos claramente la abstracción que caracteriza a este tipo de deberes, ya que todos tenemos un deber abstracto o latente de defender nuestra patria, aunque el servicio militar sea momentáneamente voluntario, y de contribuir con los gastos del Estado, aunque ninguno de los tributos vigentes nos alcance en un momento dado.

Nadie discute que, para funcionar como tal, el Estado necesita de ingresos para sufragar sus gastos y así cumplir con los objetivos para los cuales, en definitiva, fue concebido. Este binomio ingresos-gastos se engloba dentro de la actividad financiera del Estado, que es regulada justamente por el Derecho financiero. Los ingresos, a su vez, pueden ser de Derecho privado o de Derecho público, según la rama jurídica que los regule, y los tributos son una de las variedades de esta última sub-categoría. Es por ello que están regulados por el Derecho tributario que opera, a su vez, como una rama del Derecho financiero.

A partir de ello se advierte que los tributos no son los únicos ingresos del Estado y que éste podría financiarse con otro tipo de ingresos para el cumplimiento de sus fines. No obstante, hoy en día prácticamente ningún Estado prescinde totalmente de este tipo de ingresos<sup>165</sup>. Así como el hecho que casi ningún Estado se financie sin tributos no invalida la opción de hacerlo de esa manera, el hecho que exista la posibilidad de prescindir de los tributos no invalida la existencia de un deber constitucional abstracto que de manera general y constante nos constriñe a contribuir con los gastos del Estado.

---

<sup>164</sup> En nuestro país, el artículo 21 de la Constitución establece que “Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía”.

<sup>165</sup> Ni siquiera el conocido caso del Principado de Mónaco, que si bien tiene una tributación mínima, se financia sin recurrir a este tipo de ingresos.

En definitiva, como cualquier deber constitucional, el fundamento último y mediato del deber de contribuir estriba en el hecho de vivir organizados como sociedad y en el “Pacto Social” por medio del cual los particulares renuncian o limitan ciertos derechos en pos de los beneficios que implica la vida en sociedad<sup>166</sup>. El tributo es "...el precio que hay que pagar para vivir en sociedad, lo que cual exige sufragar los gastos del gobierno encargado de cumplir y hacer cumplir la Constitución..."<sup>167</sup>.

### **3. Finalidad: ¿para qué?**

Su propio reconocimiento constitucional nos suele dar una pauta sobre la finalidad de este deber, ya que en general su formulación expresamente revela que la contribución busca solventar los gastos del Estado, los cuales se erigen como una consecuencia necesaria e ineludible de su propia existencia. "La necesidad de tributar está conectada con la existencia previa de garantizar unos bienes públicos mediante los recursos correspondientes"<sup>168</sup>. En igual sentido se dice que "toda realidad social y/o política requiere de unos medios económicos para subsistir y alcanzar los fines que se propone"<sup>169</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN) también ha insistido en no pocas ocasiones en la necesidad que tiene el Estado de proveerse de recursos económicos a través de los tributos. Uno de los precedentes más remotos se encuentra allá por el año 1927 cuando la Corte dijo que el deber de contribuir está directamente ligado con el sostenimiento del gobierno<sup>170</sup>. No tan lejos en el tiempo este Tribunal también dijo que el gravamen no tiene naturaleza sancionatoria sino que deriva del deber de contribuir para el "...sostenimiento de la administración de las necesidades e intereses de la comunidad"<sup>171</sup>. Finalmente, un reciente precedente señala que "...resulta evidente que ningún Estado puede ser viable si no cuenta con los recursos necesarios para llevar adelante sus cometidos. Dentro de ellos, los tributos establecidos por el Poder Legislativo adquieren primordial relevancia y tienen como lógico correlato el deber de los individuos de contribuir al sostenimiento estatal, tal como surge... de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -que por expresa previsión tiene jerarquía constitucional..."<sup>172</sup>.

Si bien es evidente la necesidad del Estado de proveerse recursos y que sean todos sus integrantes los que contribuyan a obtenerlos, hay ciertas cuestiones terminológicas que pueden suscitar dudas sobre su alcance y finalidad. Más allá de una estrecha vinculación entre ellos, no es lo mismo hablar del "deber de contribuir" que del "deber de tributar". Veamos primero cuál es el punto de encuentro para luego analizar sus diferencias.

---

<sup>166</sup> En buena cuenta estamos ante el establecimiento de la limitación económica al hecho de contribuir, sobre la base de la idea de que “la causa primera o remota del tributo está constituida por las ventajas que los ciudadanos obtienen por los servicios que el Estado presta, mientras que la causa última e inmediata radica en la capacidad contributiva de los obligados a satisfacer los tributos” (José Manuel Tejerizo López, “La causa de los tributos”, en *Hacienda Pública Española*, IEF, N° 64, 1980, p. 205).

<sup>167</sup> Rodolfo Spisso, *Derecho constitucional tributario* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007), 408. En el mismo sentido podemos decir que "El deber de tributación para el sostenimiento de los gastos públicos nace de la propia existencia del Estado como colectividad necesitada de unos medios para poder cumplir con las funciones que se le encomiendan. El problema se suscita en el momento en que hay que decidir qué funciones y en qué intensidad deben ser cumplidas por el Estados, además de, cuántos recursos son necesarios y qué cuota le corresponde aportar a cada ciudadano" (Francisco García Dorado, *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación* (Madrid: Dykinson, 2002), 2).

<sup>168</sup> García Dorado, *Prohibición constitucional de confiscatoriedad*, 7.

<sup>169</sup> Cristina Pauner Chulvi, "El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos" (tesis doctoral, Universitat Jaume I de Valencia, 2000), 118), 118.

<sup>170</sup> CSJN, *Linares, David c/ Provincia de Córdoba*, de 1927, *Fallos* 150:112.

<sup>171</sup> CSJN, *La Razón Editorial*, de 1983, *Fallos* 305:635.

<sup>172</sup> CSJN, *Candy S.A. c/ AFIP*, de 3 de julio de 2009 (C. 866 XLII).

La etimología del término "tributo" viene de la dicción latina "*tributum*". Esta palabra deriva a su vez del verbo "*tribuere*" que, al igual que el verbo "*contribuere*", significa distribuir o repartir. Ambos verbos tienen la misma raíz que, a su vez, proviene de la dicción "tribu", ya que las tribus repartían entre sus integrantes los gastos que demandaba la vida asociada. Asimismo, el término tribu se deriva del número tres ya que originalmente la tribu estaba constituida por los tres linajes de familias romanas originarias, es decir aquéllas que existieron desde la época de la fundación de Roma. En definitiva, podemos ver que desde su etimología ambos términos ("contribuir" y "tributar") se encuentran directamente relacionados con la aportación para la vida en sociedad.

En cuanto a sus diferencias, el deber de contribuir es mucho más amplio y hasta si se quiere difuso. Los particulares pueden contribuir de diferentes maneras con la sociedad y una de ellas son los tributos, es decir aportaciones dinerarias obligatorias que surgen por la realización del hecho imponible descrito en la ley. Normalmente el deber de contribuir se relaciona con los gravámenes porque constituyen la vía más asidua y efectiva con que la amplia mayoría de las administraciones se financian, pero no la única<sup>173</sup>.

La Constitución argentina se decanta por la opción más acotada: deber de tributar, ya que expresamente consagra el "...deber de pagar los impuestos establecidos por la Ley..." (artículo 75, inc. 22). De esta forma comprobamos que a la hora de plasmar este deber nuestra *Carta Magna* optó por dejar de lado la amplia y difusa expresión de "deber de contribuir" para centrarse exclusivamente en los tributos. Así las cosas queda resuelto cualquier interrogante sobre cómo debe ejecutarse el deber bajo análisis<sup>174</sup>. No obstante, la redacción del artículo no es del todo feliz ya que parece adoptar una posición sumadamente restringida al mencionar sólo a los impuestos; pero existe una coincidencia generalizada en que este deber no sólo se refiere a los impuestos sino también a las tasas y contribuciones especiales.

Pero más allá que hablemos del deber de contribuir o del deber de tributar es indiscutible que los Estados se valen principalmente de los tributos para solventar sus gastos, lo discutible serán las condiciones concretas en que se ha de exigir el cumplimiento de dicho deber al momento de plasmarlo en una ley<sup>175</sup>.

En definitiva, la organización constitucional de cada pueblo puede variar como se crea más conveniente, lo que nunca varía es la necesidad que tiene toda sociedad de proveerse los recursos pertinentes para funcionar como tal y cumplir con los objetivos acordados.

#### **4. Limitaciones: ¿cómo?**

A nuestro criterio existen diferentes maneras de limitar el alcance del deber de contribuir, entre las cuales destacamos fundamentalmente tres.

En primer lugar, este deber se puede restringir especificando las contribuciones a las que estarán obligados los administrados (limitación material de primer nivel). Como vimos en el punto anterior, al brindarle rango constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, nuestro país restringió este deber constitucional al ámbito de los tributos (deber de tributación).

---

<sup>173</sup> "Las imposiciones fiscales acompañan al Estado desde su nacimiento y lo que varían son los fines a que se destinan esos ingresos" (Pauner Chulvi, "El deber constitucional de contribuir...", 118)

<sup>174</sup> Si revisamos las constituciones sudamericanas que consagran expresamente el deber vemos que las Constituciones de Bolivia (artículo 8.4), Colombia (artículo 95.9) y Guatemala (artículo 135.4) se decantan por utilizar la expresión amplia de "deber de contribuir", mientras que Argentina (artículo 75, inc. 22), Ecuador (artículo 83.15) y Venezuela (artículo 133) se vuelcan por el deber de tributar.

<sup>175</sup> García Dorado, *Prohibición constitucional de confiscatoriedad*, 7.

En segundo lugar, este mandato constitucional también se puede delimitar a partir de los sujetos comprendidos (limitación personal). Sobre esta cuestión nos detendremos luego. En tercer lugar, una vez en claro que la contribución se limita a aportaciones dinerarias de carácter fiscal se vislumbra una nueva restricción. Nos referimos concretamente a aquellos preceptos, también de rango constitucional, que dan un marco legal a los compromisos que surgen del deber de tributar y que, en definitiva, limitan la potestad tributaria del Estado cuando se concreta legalmente. Estamos hablando de ese cúmulo de derechos y garantías constitucionales que protegen al contribuyente frente a la avidez de recursos tributarios del Estado. Es el llamado “Estatuto del contribuyente” (limitación material de segundo nivel).

Podemos decir que las restricciones que limitan al deber de tributar les otorga simultáneamente a los contribuyentes el derecho que los gravámenes se exijan de acuerdo a dichas condiciones. Partimos de la base que los miembros de una sociedad, a través de un acuerdo social simbólico, resignan o limitan ciertos derechos individuales en pos de los beneficios que les reporta la vida social, pero no a cualquier precio<sup>176</sup>.

Sobre esta cuestión se ha expedido la Corte Suprema en numerosas ocasiones, entre las cuales vale la pena señalar dos precedentes que fueron citados recientemente en la causa *Candy* de 2009. Por un lado, el Tribunal sostuvo que "...la facultad de establecer impuestos es esencial e indispensable para la existencia del Gobierno, pero ese poder, cuando es ilimitado... envuelve necesariamente la posibilidad de destruir que lleva en su entraña, desde que existe un límite más allá del cual ninguna cosa, persona o institución tolerará el peso de un determinado tributo"<sup>177</sup>. Por otra parte, también afirmó que "...el poder estatal de crear impuestos no es omnímodo e ilimitado, pues tiene un natural valladar en los preceptos constitucionales que requieren que las contribuciones sean razonables en cuanto no han de menoscabar con exceso el derecho de propiedad del contribuyente que debe soportarlas"<sup>178</sup>.

Dentro de esta instancia de limitación existe un consenso generalizado en la doctrina a la hora de clasificar los límites en formales y materiales; en honor al tiempo sólo nos circunscribiremos a mencionarlos. El límite formal está dado por el principio de reserva de ley o principio de legalidad tributaria y es un requisito externo que debe observarse a la hora de estipular cualquier tributo, ya que sólo se refiere al modo de recepción normativa, que no es poco. Los límites materiales son mucho más numerosos y, a diferencia del límite formal, se aplican al ámbito intrínseco de los gravámenes. En este caso destacamos a los principios de igualdad, generalidad, capacidad contributiva y no confiscatoriedad; pueden encontrarse otros pero éstos son los que mayor acogimiento han tenido en las constituciones, caracterizados por ejercer una función distributiva de la carga tributaria<sup>179</sup>.

### **5. Sujetos alcanzados: ¿quiénes?**

A este acápite lo dedicamos a la limitación personal del deber de contribuir, a determinar sobre quiénes pesa la exigencia constitucional de colaborar con el sostenimiento del Estado.

---

<sup>176</sup> En este sentido Pauner Chulvi entiende que en general "...se reputa constitucional la posibilidad de limitar derechos amparándose en la necesidad de preservar otros bienes, valores o derechos constitucionalmente protegidos, entre ellos, los intereses que se tutelan tras los deberes constitucionales. Pero también en sentido contrario, el mismo ejercicio de los derechos determina unos límites que se imponen a la configuración del poder tributario cuando crea nuevas obligaciones económicas para los ciudadanos" (Pauner Chulvi, "El deber constitucional de contribuir...", 165).

<sup>177</sup> CSJN, *Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Nación Argentina*, de 15 de marzo de 1940, *Fallos* 186:170.

<sup>178</sup> CSJN, *Synge, Katheleen Frances Anne*, de 21 de septiembre de 1956, *Fallos* 235:883.

<sup>179</sup> Juan José Ferreiro Lapatz, *Curso de derecho financiero español* (Madrid: Marcial Pons, 2000), 281.

Antes que nada es interesante recordar que no estamos hablando de los sujetos pasivos de la obligación tributaria ni de los sujetos pasivos del hecho imponible. Los primeros son aquellos sujetos sobre los que recae la deuda tributaria mientras que los segundos son aquéllos que realizan el supuesto de hecho descrito en la norma (hecho generador) y sobre los que puede recaer finalmente la deuda tributaria o no. En estos dos casos estamos ante gravámenes concretos creados por el legislador a partir de la potestad tributaria del Estado, es decir que presuponen la existencia de una obligación tributaria. Pero el espectro de sujetos sometidos al deber de contribuir va más allá de la obligación tributaria debido a su carácter abstracto y previo a la instancia legislativa de cualquier gravamen concreto<sup>180</sup>.

El aspecto subjetivo del deber de contribuir se relaciona directamente con el principio de generalidad, ya que si vamos a su regulación normativa vemos que en general se hace referencia a que toda persona tiene el deber de pagar los tributos<sup>181</sup>. Pero hablar de “toda persona” suena demasiado difuso y ambicioso y, en definitiva, no alcanza para determinar concretamente quiénes son los sujetos comprendidos por este deber. Habrá muchos casos en los que nadie dudará sobre los sujetos alcanzados pero otros en los que no será tan claro: ¿también alcanza a los extranjeros? ¿O a los nacionales que no son residentes en el país? Estas cuestiones se resuelven dentro de la órbita del Derecho internacional tributario.

La doctrina especializada del Derecho internacional tributario suele afirmar que “el poder que tiene un Estado para establecer sus tributos es consecuencia directa de su soberanía y de la potestad para crear gravámenes prevista en su Constitución, la cual se ejerce según su propio criterio y conveniencia gravando aquello que entienden justo o prudente”<sup>182</sup>. El problema es determinar cuándo es conveniente, justo o prudente el ejercicio de dicho poder.

A medida que se fueron consolidando las relaciones comerciales internacionales los Estados se han ido valiendo de diferentes métodos para hacer efectiva su potestad tributaria. Estos métodos se conocen como “factores de vinculación” y son aquellos criterios por medio de los cuales una persona se encuentra compelida a contribuir al sostenimiento económico de un determinado Estado.

Inicialmente se utilizó un mecanismo de carácter personal, ya que el deber de contribuir pesaba sobre todos los particulares que ostenten la nacionalidad de un determinado país, sin importar el lugar de residencia, obtención de la renta, ubicación del patrimonio o consumo de un bien o servicio.

---

<sup>180</sup> A estos fines resulta muy útil comprender las diferencias entre el deber de contribuir y la obligación tributaria, para lo cual recurrimos a una excelente síntesis elaborada por Pauner Chulvi. En primer lugar, mientras que el derecho de crédito de la obligación tributaria puede hacerse valer por parte del acreedor (Estado), el deber de contribuir no atribuye la tutela ejecutiva a la contraparte. En segundo lugar, también difieren en cuanto al origen normativo ya que mientras la obligación tributaria tiene origen en la ley, el deber de contribuir deriva directamente de la Constitución. En tercer lugar, mientras la obligación tributaria, como el resto de obligaciones legales, se cumple cuando se dan las condiciones necesarias y el sujeto queda liberado, el deber de contribuir, al igual que el resto de deberes constitucionales, es permanente y perenne. En cuarto lugar, mientras que el fundamento de la obligación tributaria estriba en la capacidad contributiva, el del deber de contribuir se encuentra en el sostenimiento económico del Estado para que pueda funcionar como tal (Pauner Chulvi, "El deber constitucional de contribuir...", 72-73).

<sup>181</sup> Artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

<sup>182</sup> Rutsel Silvestre Martha, "The jurisdiction to tax in international law", *Series on International Taxation* 9 (1989): 62-63.

Con el paso del tiempo el factor personal, considerado injusto y excesivamente amplio, se fue reemplazando por criterios de vinculación real<sup>183</sup>. Los Estados comenzaron a reconocer que su potestad tributaria debe llegar hasta donde exista alguna relación con su territorio, ya sea por el hecho de ser residentes, obtener rentas, tener ubicado un patrimonio, realizar un consumo o cualquier otro tipo de relación económica ligada a sus límites territoriales. El fundamento de esta concepción estriba en el hecho que todas estas relaciones económicas provocan la puesta en marcha de actividades públicas a cuya financiación son llamados a contribuir los sujetos involucrados a partir de la conexión territorial subyacente.

Bajo esta postura, mientras exista algún tipo de vínculo territorial entre un Estado y la capacidad contributiva de una persona, incluso los extranjeros se encuentran sometidos al deber de contribuir<sup>184</sup>. Ciertos autores sostienen que de otra manera se atentaría contra el principio de generalidad<sup>185</sup>, ya que sería tan ilógico que un extranjero, por esa sola condición, se vea exonerado de contribuir al sostenimiento económico del país donde reside, como que un ciudadano que reside en el país no se vea sometido por a deber<sup>186</sup>.

En definitiva, cuando se hace referencia a “toda persona” entendemos que se refiere a todos aquellos sujetos (o sus bienes) que tengan algún tipo de relación económica con el territorio de un país, más allá de su nacionalidad. Pensemos que si el fundamento último del deber de contribuir radica en las ventajas que reporta la vida en sociedad, resulta difícil aprovecharse de tales ventajas cuando no existe ningún tipo de relación territorial con un país y, por lo tanto, el ejercicio de la potestad tributaria de éste estaría injustificado.

## 6. Conclusiones

El "por qué" del deber de contribuir se refiere a su fundamentación. Ésta se encuentra en la existencia misma de la vida en sociedad, ya que los miembros de una sociedad deciden limitar ciertas libertades como consecuencia de los beneficios que les reporta vivir organizados socialmente. Tenemos el deber de contribuir porque vivimos en sociedad.

El "para qué" de este mandato está ligado a su finalidad y ésta se encuentra en la necesidad de recursos que tiene el Estado para poder funcionar como tal. La vida en

---

<sup>183</sup> El último Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico aclara que “mientras los primeros convenios se aplicaban a los ‘ciudadanos’ de los Estados contratantes, los convenios más recientes se aplican normalmente a los ‘residentes’ de uno o de ambos Estados contratantes, independientemente de la nacionalidad. Algunos convenios tienen un ámbito incluso más extenso al afectar de forma más general a los ‘contribuyentes’ de los Estados contratantes; por consiguiente, son también aplicables a personas que, aun cuando no sean residentes de ninguno de los dos Estados, están sometidas a imposición sobre una parte de sus rentas o de su patrimonio en cada uno de ellos” (Comentario 1 al art. 1, MCOCDE 2010).

<sup>184</sup> La mayoría de las constituciones, como la nuestra, no realiza ninguna aclaración sobre la situación de los extranjeros ante el deber de contribuir, pero hay ciertas constituciones que lo señalan expresamente. Entre estas excepciones encontramos a la Constitución de Cuba que establece que “los extranjeros residentes en el territorio de la República se equiparan a los nacionales en la obligación de contribuir a los gastos públicos en la forma y cuantía que la ley establece” (art. 34).

<sup>185</sup> Elena Polo Maceira, “Del deber de contribuir a la fiscalidad participativa”, *Derecho y Cambio Social* 37 (Año XI-2014): 1-19.

<sup>186</sup> El empleo de este término “toda persona” implica que este deber no se reduce a los nacionales sino que se trata de un deber generalizado a todos cuantos entran en relación con el ordenamiento jurídico del Estado incluyendo, por lo tanto, a los extranjeros así como a las personas físicas y jurídicas (Pauner Chulvi, “El deber constitucional de contribuir...”, 229. En este mismo sentido García Dorado entiende que cuando se habla de “todos” en la Constitución Española Cuando habla de “todos” se refiere tanto a nacionales o extranjeros (García Dorado, *Prohibición constitucional de no confiscatoriedad*, 29).

sociedad implica una serie de gastos para llevar adelante las actividades que justifican vivir en ella, los cuales han de ser solventados en principio por todos sus integrantes. Tenemos el deber de contribuir para solventar los gastos que conlleva vivir en sociedad. El "cómo" del deber de contribuir se vincula con las restricciones que delimitan el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, que es la contracara de dicho deber. Sobre esta cuestión destacamos tres tipos de limitaciones. Por un lado, la limitación material de primer nivel, como aquélla que determina qué tipo de contribución se les exige a los contribuyentes (en el caso de Argentina se refiere sólo a los recursos tributarios); por otro lado, la limitación material de segundo nivel, como aquel conjunto de principios, derechos y garantías constitucionales que conforman límites formales (principio de legalidad) y sustanciales (principios de igualdad, generalidad, capacidad contributiva y no confiscatoriedad) al ejercicio de la potestad tributaria; finalmente, la limitación personal que se relaciona con el aspecto subjetivo del deber de contribuir. Tenemos el deber de contribuir mediante recursos tributarios y el derecho a que dicha contribución se realice respetando los principios y las garantías fiscales de rango constitucional.

El "quiénes" de este deber se relaciona con los sujetos alcanzados. Cuando la Constitución Nacional habla de "toda persona" entendemos que se refiere a todos aquellos sujetos (o sus bienes) que tengan algún tipo de relación económica con nuestro país, más allá de su nacionalidad, incluyendo así a los extranjeros. Tenemos el deber de contribuir con el Estado todos aquellos que tengamos alguna vinculación económica con su territorio por medio de la cual recibimos los beneficios que reporta la vida en sociedad.

Nadie puede negar que la recaudación tributaria resulta trascendental para el financiamiento de las necesidades públicas y que la satisfacción de éstas constituye la razón de ser de vivir en sociedad, pero tampoco se puede ignorar que a pesar de esta trascendencia existe una percepción negativa en los obligados tributarios respecto a la detracción patrimonial que implican los tributos<sup>187</sup>. En relación al "...deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos siempre ha latido una conciencia social desfavorable en el sentido de que se percibe como una carga"<sup>188</sup>. El problema es que ello genera maniobras evasivas por parte de los obligados que obstruyen la eficacia recaudatoria del Estado y, en última instancia, la posibilidad de cumplir con éxito sus objetivos.

Teniendo en cuenta la importancia de la recaudación tributaria para el Estado, por un lado, y la relación directamente proporcional que existe entre la percepción negativa que los contribuyentes tienen de los tributos y la ineficacia recaudatoria del Estado, por el otro, resulta primordial concientizar a los contribuyentes sobre la justificación del deber de contribuir a través del cual se los somete a obligaciones tributarias concretas<sup>189</sup>. A tales fines es necesario que la clase política encargada de gestionar los fondos públicos demuestre mayor responsabilidad a la hora de realizar los gastos, para que la ciudadanía advierta en la práctica cuáles son los beneficios que les reporta la vida en sociedad y que justifican la limitación de sus libertades; que la actividad financiera del Estado sea más transparente, para no alimentar sospechas de enriquecimiento personal a costa de los recursos públicos, y que se respeten las garantías constitucionales de los contribuyentes

---

<sup>187</sup> Polo Maceira, *Del deber de contribuir*, 2.

<sup>188</sup> Ramón Bonell Colmenero, "Principio de igualdad y deber de contribuir", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* XXXVIII (2005): 185.

<sup>189</sup> La actitud del contribuyente es determinante para establecer la eficacia de las normas que los imponen; por ello, la actitud que se debe pretender es que el contribuyente no se sienta profundamente maltratado, que su conciencia fiscal tenga los menos elementos posibles para resistirse al impuesto" (Bonell Colmenero, "Principio de igualdad...", 195).

al regular y aplicar los gravámenes, para que no se perciban como una carga derivada de un poder arbitrario<sup>190</sup>.

## INSTITUCIONES PENALES

---

<sup>190</sup> Polo Maceira señala que la política fiscal puede resultar muy útil para revertir la percepción negativa de los tributos a través de la correcta apreciación de la capacidad contributiva y de la no confiscatoriedad del gravamen (Polo Maceira, *Del deber de contribuir*, 2).



## LOS EDICTOS POLICIALES Y LOS LÍMITES DEL ARGUMENTO LIBERAL

Laura Natalia Milisenda<sup>191</sup>

**Resumen:** En el presente trabajo propongo mostrar los límites del argumento liberal desde dos líneas de enfoque: la primera está relacionada con la concepción de sujeto de derecho; y la segunda, busca demostrar su ligazón con el dispositivo de la soberanía. Con la finalidad de cumplir con dicha tarea, tomo los edictos policiales de la provincia de Córdoba del año 1944 que introducen una serie de regulaciones que se enfocan en la sexualidad para construir el argumento liberal, y luego desde diferentes conceptualizaciones demostrar lo que queda oculto y la frontera que, desde el liberalismo, se demarca.

**Palabras claves:** liberalismo-sexualidad-edictos.

1. A partir del análisis de los edictos policiales de la provincia de Córdoba del año 1944 y las disposiciones que allí se refieren a la sexualidad, intento mostrar los límites de los argumentos que el liberalismo utiliza para atacar este tipo de regulaciones. Así, en primer lugar se presenta un pantallazo de estos edictos para poder aprehender el sentido

---

<sup>191</sup> Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (FDSC) de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Diplomada en Desarrollo Humano con enfoque de Género y Derechos Humanos (Secretaría de posgrado de la FDSC de la UNC e INECIP) - Becaria CONICET-MINCYT para el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, Secretaría de Posgrado de la FDSC de la UNC. Maestranda en Derecho y Argumentación Jurídica, Secretaría de posgrado de la FDSC de la UNC. Integrante del Programa de Derechos Sexuales y Reproductivos de la FDSC de la UNC. Correo electrónico: milisenda.natalia@gmail.com.

con que estos introducen determinadas referencias a la sexualidad y el contraste con las leyes anteriores. En segundo lugar, se explicita lo que se entiende por liberalismo para luego, desde allí, clarificar los argumentos que desde esa corriente se derivan. Finalmente, desde diferentes conceptualizaciones, se muestran los mecanismos de poder que quedan intactos en la crítica liberal a este tipo de regulación de la sexualidad.

2. Ahora nos introducimos en el aspecto concreto de nuestro asunto, esto es en la normativa mediante la cual se va a realizar el análisis. En la provincia de Córdoba desde fines del siglo XIX y hasta el año 1944 regían distintos edictos policiales del año 1869 aprobados por las leyes N° 1208 del año 1890 y ley N° 3819 de juegos de azar del año 1939. Estos cuerpos normativos contienen sólo dos edictos que se refieren a la materia de nuestro examen: el de “casas de prostitución” y el de “desórdenes y escándalos”. En ellos sólo hay referencias, como sujetos, a las prostitutas y no hay mayores regulaciones de cuestiones morales. Sin embargo, en el año 1944 se sanciona, por el gobierno de facto producto del golpe de estado de 1943, el decreto N° 5635 Serie “A” que deroga las leyes anteriores y pone en vigencia los nuevos edictos. Estos introducen un mayor número de sujetos y se amplía notablemente las regulaciones orientadas a la moral, la decencia pública, la vestimenta, los bailes públicos. Por ejemplo, en el edicto de “*bailes públicos*” pena con multa o arresto de 12 a 25 días al director, empresario o encargado del baile público “cuando ellos fueren conocidos como amorales”<sup>192</sup> o “cuando a sabiendas toleraren la concurrencia de amorales”<sup>193</sup> o “cuando permitieren a los concurrentes la práctica de danzas inmorales u obscenas”<sup>194</sup>.

En relación a las vestimentas, en el edicto de “escándalo”, pena a “los que se exhibieren en público, o en lugares que puedan ser vistos desde los mismos, con vestimentas indecorosas, o en comercios, plazas u otros lugares de esparcimiento público, se despojaren de ropas de vestir exigibles a la cultura social”<sup>195</sup> y a “los que se exhibieren en la vía o lugares públicos vestidos o disfrazos (sic) con ropas del sexo contrario”<sup>196</sup>. En los últimos incisos se hace referencia, en relación al ofrecimiento sexual, a determinados sujetos cuando dispone que se pena a “las prostitutas, las mujeres libidinosas y los ‘homosexuales’ que en la vía o lugares públicos, incitaren o se ofrecieren a los transeúntes”<sup>197</sup> y a “las prostitutas, las mujeres libidinosas, los ‘homosexuales’ o sus servidumbres, que desde sitios privados incitaren o se ofrecieren a las personas, y los sujetos conocidos como pervertidos que se encontraren en compañía de menores de 18 años cumplidos”<sup>198</sup>.

En este nuevo cuerpo normativo se puede evidenciar una mayor regulación y especificidad de las normas relativas a la moralidad en general, y en particular de las normas que se refieren a la sexualidad o a los modos de expresión de la misma, así como la inserción de un número mayor de sujetos y sujetas para justificar ese ordenamiento.

3. El liberalismo es una corriente de pensamiento con una multiplicidad de variaciones y autores/as, sin embargo, todas esas corrientes pueden converger en dos concepciones fundamentales: el individualismo y la neutralidad estatal respecto a los planes de vida<sup>199</sup>.

---

<sup>192</sup> Archivo de Gobierno, Decreto 5635 Serie “A” 1944. Edicto de Bailes Públicos, Artículo 4, inciso b.

<sup>193</sup> Archivo de Gobierno, Decreto 5635 Serie “A” 1944. Edicto de Bailes Públicos, Artículo 4, inciso c.

<sup>194</sup> Archivo de Gobierno, Decreto 5635 Serie “A” 1944. Edicto de Bailes Públicos, Artículo 4, inciso d.

<sup>195</sup> Archivo de Gobierno, Decreto 5635 Serie “A” 1944. Edicto de Escándalo, Artículo 2, inciso e.

<sup>196</sup> Archivo de Gobierno, Decreto 5635 Serie “A” 1944. Edicto de Escándalo, Artículo 2, inciso f.

<sup>197</sup> Archivo de Gobierno, Decreto 5635 Serie “A” 1944. Edicto de Escándalo, Artículo 2, inciso g.

<sup>198</sup> Archivo de Gobierno, Decreto 5635 Serie “A” 1944. Edicto de Escándalo, Artículo 2, inciso h.

<sup>199</sup> Carlos, Nino. “Las concepciones fundamentales del liberalismo”, en *Derecho, moral política, II* (Buenos Aires: Gedisa, 2008), 20.

El individualismo implica que es el bienestar de los individuos lo que se toma en cuenta para justificar las instituciones, en contraposición a sistemas que toman entidades colectivas como la raza, la nación, una clase social como unidad de justificación. A su vez, esta concepción se asienta en el principio de la inviolabilidad de la persona, por lo que los individuos no se podrán someter para alcanzar determinados fines o beneficios para otros<sup>200</sup>.

La neutralidad estatal respecto a los planes de vida de los individuos, se opone básicamente a lo que se denomina “perfeccionismo” que sostiene que “es misión del Estado el regular la totalidad de los aspectos importantes de la vida humana, el hacer efectivas todas las pautas morales consideradas válidas y no solamente las que se refieren a acciones perjudiciales a terceros, el imponer un ideal global de una sociedad perfecta y no sólo un esquema mínimo de cooperación social”<sup>201</sup>. A diferencia del perfeccionismo, el liberalismo propone que el derecho se tiene que ocupar de las acciones que perjudiquen a terceros, sustentándose en la autonomía de cada individuo para elegir su plan de vida y preferencias.

Desde estas dos concepciones fundamentales del liberalismo se puede derivar que en estos edictos se trasluce, por un lado, un Estado que justifica el sacrificio de personas individuales en beneficio de la constitución de una Nación como un organismo. Esto se hace patente en la inserción de los sujetos como el homosexual, el pervertido sexual, las mujeres libidinosas, que son utilizados para delinear un comportamiento sexual correcto mediante su persecución. Por otro lado, se evidencian rasgos perfeccionistas, es decir que el Estado alienta una moral tanto para el ámbito público como privado que en este caso se asienta en una matriz heterosexual<sup>202</sup> como base para la construcción de la ciudadanía ideal; puesto que hay prácticas como la de vestirse con ropas del sexo contrario o el uso de vestimentas indecentes o indecorosas que son catalogadas como faltas.

En el primero de estos supuestos, estas regulaciones atentan contra uno de los principios fundamentales del liberalismo, la inviolabilidad de la persona, ya que permite que determinados sujetos sean perseguidos con la finalidad de señalar una moralidad y la ciudadanía correcta. Los derechos individuales, para el liberalismo, funcionan como una garantía de la inviolabilidad de la persona que en este caso que nos ocupa, serían aquellos que limitan la persecución estatal sólo a las acciones que efectivamente desenvuelven los individuos y los que resguardan la dignidad de la persona. De aquí se puede derivar que desde una posición liberal se defiende el derecho penal de acto en detrimento del derecho penal de autor, esto es la aplicación de una pena en razón de lo que los sujetos hacen y no por algún rasgo identitario de los mismos. En relación a esto último, se puede destacar en estas normativas su interés por señalar los sujetos y las prácticas concretas de éstos para perseguirlos como, por ejemplo, el “sujeto conocido como pervertido que se encontrare en compañía de menores de 18 años”. Lo relevante aquí es la condición de ser un “sujeto conocido como pervertido” para que la norma opere, ya que no cualquiera que se encuentre en compañía de menores de 18 años cae en ese campo normativo.

---

<sup>200</sup> Carlos, Nino. “Las concepciones fundamentales del liberalismo”.

<sup>201</sup> Carlos, Nino. “Las concepciones fundamentales del liberalismo”, 25.

<sup>202</sup> Judith, Butler. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. (Barcelona: Paidós, 2007), 292. La autora precisa que utiliza el concepto de matriz heterosexual para “describir un modelo discursivo/epistémico hegemónico de inteligibilidad de género, el cual da por sentado que para que los cuerpos sean coherentes y tengan sentido debe haber un sexo estable expresado mediante un género estable (masculino expresa hombre, femenino expresa mujer) que se define históricamente y por oposición mediante la práctica obligatoria de la heterosexualidad”.

En el segundo supuesto, se puede apreciar que estos edictos señalan la heterosexualidad como una conducta correcta a través de la punición de sus desviaciones; por lo tanto, el derecho estatal se ha inmiscuido en el ámbito privado de los individuos, en su autodeterminación y en el diseño del propio plan de vida. En contraposición a ello, una concepción liberal del Estado debe “permanecer neutral respecto de planes de vida individuales o ideales de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones y adoptar medidas para facilitar la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustente, y para impedir la interferencia mutuo en el curso de tal persecución”<sup>203</sup>. De este modo, el derecho debe ocuparse de reprimir las interferencias de terceros en los planes de vida de cada individuo; de este modo, los derechos individuales vuelven a funcionar como garantía para que los individuos puedan alcanzar sus propios objetivos de vida.

A partir de estas ideas, se puede comenzar a delinear el argumento liberal que permite criticar estas normativas. Así, esta concepción aparece como suficiente para indicar que estos edictos imponen y delinear un ciudadano ideal reprimiendo aquello que se rechaza del mismo, y también, que esos individuos que se rechazan son utilizados por el poder punitivo para demarcar lo que se considera moralmente correcto. En consecuencia hay una violación a la inviolabilidad de la persona. A su vez, en estos edictos es patente el avasallamiento de garantías y derechos individuales, tanto en la definición de las conductas punibles – por su ambigüedad, vaguedad - como en el proceso por el que se aplican – sin intervención judicial, el órgano de aplicación y juzgamiento es la misma policía – en el cual no rigen las mismas garantías del proceso penal; por lo que, desde una concepción liberal, se tendería a garantizar los derechos individuales y un proceso acorde a las garantías que limitan la intervención estatal en la esfera privada de los individuos. Por último, las figuras reseñadas más arriba dan cuenta que se asientan en la noción de peligrosidad que lleva a aplicar el poder punitivo estatal a los sujetos en base a lo que estos son y no por los actos efectivamente exteriorizados; en consecuencia, la concepción liberal también daría cuenta de esto y defendería, en contraposición, un derecho penal de acto puesto que, de este modo, no hay interferencia estatal en los proyectos de vida.

4. Una vez clarificado el alcance del argumento liberal, a saber, la crítica en razón de la inviolabilidad de la persona y la intromisión estatal en la esfera privada de los individuos, nos podemos introducir en las limitaciones, en lo que queda obscurecido en dicho argumento. Cabe destacar que los reproches a este argumento liberal pueden tomar diversas líneas de enfoque, por motivos de brevedad se hará foco en dos de ellas que se interconectan y se implican la una a la otra.

La primera de estas líneas tiene que ver con la concepción de sujeto que subyace en dicho argumento. Allí se puede patentizar que para el liberalismo hay un sujeto preexistente a la regulación puesto que los principios de inviolabilidad de la persona y su consecuente autonomía parten de la idea que el individuo puede, por un lado, elegir su propio plan de vida independientemente de las relaciones de poder en las que se encuentra inmerso y, por otro lado, que ese sujeto es dueño de sí mismo y puede dirigir su voluntad acorde a sus elecciones o preferencias. Esta noción no permite captar el modo en que el individuo se ha constituido por las relaciones históricas de poder, esto es el individuo como efecto de poder y no como causa. En este sentido, Foucault<sup>204</sup> apunta que “no hay que concebir al individuo como una especie de núcleo elemental, átomo primitivo, materia múltiple e inerte sobre la que se aplica y contra la que golpea

---

<sup>203</sup> Carlos, Nino. *Las concepciones fundamentales del liberalismo*, 24.

<sup>204</sup> Michel, Foucault. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001), 38.

el poder, que somete a los individuos o los quiebra... [E]l individuo es un efecto de poder y, al mismo tiempo, en la medida misma en que lo es, es su relevo: el poder transita por el individuo que ha constituido”. De este modo, las posibilidades que aparecen como elecciones y proyectos de vida están, de diversos modos, ya moldeadas o performadas por las mismas relaciones de poder que hacen aparecer a los sujetos como la causa de la regulación y no como su efecto<sup>205</sup>.

Con la finalidad de demostrar este punto de vista debemos retornar a los edictos que dieron pie a este análisis. En ellos se puede observar la inserción de determinados sujetos – por ahora nos enfocamos en el homosexual para simplificar las referencias – que justifican una determinada intervención política. El homosexual no es una identidad previa a los dispositivos médicos, criminológicos y jurídicos que lo nombran, sino que es una creación de estos que mediante una adjudicación psicológica como sustancia en el interior de los individuos provoca el efecto retrospectivo de un sujeto preexistente. Así, es la noción de sexo natural atada a la psicología de los sujetos<sup>206</sup> la que permite ordenar la sexualidad acorde a dos géneros, el masculino y el femenino, y la que une cuerpo/género/deseo en una relación de continuidad y coherencia; y no en el sentido contrario, es decir la naturalidad del sexo como la causa de un determinado orden en la sexualidad. Por ello, y partiendo de la noción de sexo natural, Butler escribe que ésta “no permite analizar la formación política del sujeto con género y sus invenciones acerca de la interioridad inexplicable de su sexo o de su auténtica identidad”<sup>207</sup>.

Derivado de lo anterior, es que Butler<sup>208</sup> sostiene que el género es performativo, ya que el “efecto de género se crea por medio de la estilización del cuerpo y, por consiguiente, debe entenderse como la manera mundana en que los diferentes tipos de gestos, movimientos y estilos corporales crean la ilusión de un yo con género constante”. En definitiva, el esquema liberal al presuponer un sujeto libre y autónomo para elegir su propio plan de vida oculta los mecanismos de poder que crearon performativamente a esos sujetos y que estos mecanismos conllevan determinadas posibilidades, y no otras, que se presentan como libertad de elección.

La segunda de estas líneas tiene que ver con que el discurso liberal se encuentra atado a un esquema de legitimidad-obediencia, derechos individuales-poder soberano, es decir al problema de la soberanía<sup>209</sup>, y desde ese lugar emite su crítica a estos edictos escritos y concebidos desde un régimen disciplinario. Dicho de otro modo, el argumento liberal apela a los derechos individuales – ya sea para limitar la interferencia estatal en el ámbito privado o de elecciones, o para evitar que los sujetos sean utilizados como medios para imponer una determinada moral social – para contraponerse al mecanismo disciplinario que se articula en estos edictos<sup>210</sup>. A esta operación le caben dos

---

<sup>205</sup> Leticia, Sabsay. *Fronteras sexuales. Espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*. (Buenos Aires: Paidós, 2011).

<sup>206</sup> Michel, Foucault. *Historia de la sexualidad I: La voluntad del saber*. (Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 1995).

<sup>207</sup> Judith, Butler. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. (Barcelona: Paidós, 2007), 267.

<sup>208</sup> Judith, Butler. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, 275.

<sup>209</sup> Michel, Foucault. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, 35.

<sup>210</sup> Estos edictos permiten dar cuenta de la penetración de mecanismos disciplinarios en el derecho. Estos mecanismos se caracterizan por crear una apretada cuadrícula de coerciones que asegura la cohesión social de hecho, además por ser portadores del discurso de la regla natural, esto es la norma que se establecerá, no desde el derecho, sino desde el discurso de las ciencias humanas (Foucault, Michel. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, 44-46). Foucault expresa que el éxito del poder disciplinario se debe al uso de instrumentos simples, como la vigilancia jerárquica, la sanción normalizadora y el examen. En relación al examen afirma que invierte la economía de visibilidad, esto significa que en la disciplina son los sometidos los que tienen que ser vistos constantemente y para ello,

observaciones de diferentes autores pero que se envuelven recíprocamente: la primera, desde Foucault<sup>211</sup>, nos advierte que “[D]e hecho, soberanía y disciplina, legislación, derecho de la soberanía y mecánicas disciplinarias son dos elementos absolutamente constitutivos de los mecanismos generales del poder en nuestra sociedad” y por ello, no se pueden limitar los efectos de la disciplina con el recurso de la soberanía. Por otro lado, Roberto Espósito<sup>212</sup> nos indica que la relación entre el poder soberano y los derechos individuales “no se relacionan en forma inversamente proporcional, tal que de la ampliación del primero se corresponda la restricción del segundo, y viceversa”, sino que se implican mutuamente. De ahí que el individualismo moderno “presentado como descubrimiento y consumación de la autonomía del sujeto, fue en realidad el ideograma inmunitario mediante el cual la soberanía moderna cumplió su cometido de protección de la vida”<sup>213</sup>. Aquí se unen las dos líneas de enfoque, ya que la primera es la herramienta mediante la cual la segunda se ha instituido: el sujeto de derecho liberal, el individuo libre y autónomo que en el proyecto soberano se presenta como la causa de aquel es, en realidad, es su primer efecto.

Por todo lo expuesto, se ha podido apreciar el modo que la crítica a estos edictos que se puede articular desde el liberalismo se cierra sobre sí misma, es decir, no puede avanzar más allá de reafirmar el mismo esquema que dio origen a la normativa que pretende impugnar. Por dicho motivo, los mecanismos de sometimiento que se ponen en acción desde el derecho quedan no sólo intactos sino reforzados cuando el liberalismo es el interlocutor que emite la crítica.

---

es necesaria su objetivación. Así también, es esta inversión de la visibilidad lo que permite al poder acceder hasta el más ínfimo detalle casi de manera imperceptible, puesto que el poder aparece mediante el despliegue de sus efectos, ya en los cuerpos dóciles. Esta maniobra, se hace evidente en los edictos ya que se regulan y al regular se producen los individuos que se necesitan para instituir la norma, y a partir de estos edictos, es la desviación objetivizada en determinados individuos la que se tiene que perseguir incansablemente para señalarla, para mostrarla y explicitarla (Foucault, Michel. 2005. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. (Buenos Aires: Siglo XXI Editores)).

<sup>211</sup> Michel, Foucault. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, 44.

<sup>212</sup> Roberto, Espósito. *Bíos. Biopolítica y filosofía*. (Buenos Aires 2011: Amorrortu), 97.

<sup>213</sup> Roberto, Espósito. *Bíos. Biopolítica y filosofía*, 97.

## LA NECESIDAD DE UN CONSEJO DE POLÍTICA CRIMINAL: EL CASO DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Romina A. Frontalini Rekers<sup>214</sup>

**Resumen:** El proceso de creación del anteproyecto de Código Penal a cargo de una comisión especial conformada por expertos y representantes de diversas fuerzas políticas ha dado lugar a críticas. Estas críticas hacen pie en uno de los dos principios defendidos por la tradición republicana: la defensa de una democracia fuerte. Sin embargo, existen razones para oponerse a este consejo de política criminal que se apoyan en el otro principio de la tradición republicana: la libertad como no-dominación. Tales razones deberían ser atendidas incluso por un monista de la libertad como no-dominación como Philip Pettit.

**Palabras Clave:** Derecho penal- democracia-libertad como no dominación.

### *1. Introducción*

En Argentina, se debate la reforma del Código Penal. El Código Penal de 1921 ha sufrido, aproximadamente, novecientas reformas parciales que lo han tornado

---

<sup>214</sup> Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba. Becaria doctoral de CONICET. Maestranda en Derecho y Argumentación. Miembro del Programa de Ética y Teoría Política de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: rominarekers@gmail.com.

irreconocible<sup>215</sup>. Muchas de estas reformas fueron impulsadas luego de casos particulares que desataron “dinámicas de indignación en la comunidad”<sup>216</sup>. La reforma paradigmática en ese sentido es la que introducen las leyes Blumberg<sup>217</sup>, denominadas con el apellido de una víctima: Axel Blumberg, secuestrado y asesinado por sus captores en marzo de 2014. Juan Carlos Blumberg, padre de Axel, llegó a impulsar grandes manifestaciones exigiendo el endurecimiento de las penas. Entre otras cosas, las leyes Blumberg estipulan en 50 años la pena máxima de prisión por sumatoria de delitos gravísimos (violación seguida de muerte, secuestro extorsivo seguido de muerte, etc).

Casi al mismo tiempo en que se introducían las leyes Blumberg, se incorporaba al ordenamiento jurídico penal el Estatuto de Roma<sup>218</sup>, que penaliza conductas como el genocidio y los delitos de lesa humanidad. El estatuto fijó una medida en materia de penas, que señala un parámetro universal máximo, limitada a injustos de contenido prácticamente inconmensurable, como un genocidio de extrema gravedad con circunstancias personales negativas del condenado<sup>219</sup>. El Estatuto de Roma incorporó, en el artículo 110, el equivalente a la libertad condicional, admitiendo la liberación por vía de reducción de la pena, pasados los veinticinco años de cumplimiento de la pena perpetua para los casos juzgados por la Corte Penal Internacional. Sin embargo, el Código Penal vigente, en su artículo 14, sustituido por la ley Blumberg, establece que “La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo”<sup>220</sup>. Estos delitos son castigados con prisión perpetua. De tal manera, el ordenamiento jurídico penal establece penas más graves para delitos comunes que para delitos contra la humanidad.

De lo anterior, se sigue la necesidad de una reforma que sistematice las penas y demás criterios de distribución de la responsabilidad penal. El anteproyecto de Código Penal<sup>221</sup> presentado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, intenta ajustar las actuales

---

<sup>215</sup> Exposición de motivos del anteproyecto de Código Penal de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación.

<sup>216</sup> Philip Pettit, “Is Criminal Justice Politically feasible?” *Buffalo Criminal Law Review* (vol. 5 2002): 427-450.

<sup>217</sup> La llamada Ley Blumberg (Ley 25.886) es una ley aprobada por el [Senado](#) y la [Cámara de Diputados](#) el 14 de abril de 2004, que modifica en el [Código Penal argentino](#) la figura de los delitos con armas. Existen otras dos leyes que se conocen como Blumberg, que son la Ley 25.882 que modifica el art. 166 del Código Penal que entró en vigor el 4 de mayo de 2004 y la Ley 25.891, de servicios de comunicaciones móviles por la cual se instituye un Registro de Usuarios.

<sup>218</sup> El Estatuto de Roma es el [instrumento](#) constitutivo de la [Corte Penal Internacional](#). Fue adoptado en la ciudad de [Roma, Italia](#), el [17 de julio](#) de 1998, durante la “*Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*”. Se incorporó al ordenamiento penal argentino a través de la ley 26.200 promulgada en 2007.

<sup>219</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, *Pensamiento Penal*, (2009) publicación en línea disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01062010/doctrina03.pdf>.

<sup>220</sup> Los casos que quedan excluidos del acceso a la libertad condicional son el homicidio críminis causa, el abuso sexual seguido por la muerte de la víctima, el secuestro seguido por la muerte de la víctima, el robo y el secuestro extorsivo seguido de por la muerte de la víctima.

<sup>221</sup> El proyecto fue elaborado por la *Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación* (Decreto P.E.N. 678/12) conformado por E. Raúl Zaffaroni (presidente) León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo (miembros representantes de diversas fuerzas políticas). Se encuentra disponible en <http://noalviejocodigopenal.org/>

disposiciones y sistematizar las penas -aunque no únicamente las penas- a partir de un principio de distribución que tome como parámetro universal máximo el de las penas fijadas por el estatuto de Roma. Establece como parámetro universal máximo la pena de treinta años de prisión, equivalente a la prisión perpetua, con posibilidad de acceder, a los veinticinco años de cumplimiento de la condena, a la libertad condicional<sup>222</sup>.

Luego de la presentación del anteproyecto, se profundizaron los desacuerdos vigentes en materia de castigo y prevención del delito. Ello a pesar de que en la elaboración del anteproyecto participaron representantes de diversas fuerzas políticas. En especial, muchos de los que se oponen a la reforma sostienen que el proyecto desconoce sus puntos de vista sobre lo que es justo y sobre qué hacer para prevenir delitos. Estas personas argumentan que sus puntos de vista no están representados en el anteproyecto, no obstante creen que deben estarlo. Esto nos lleva a la pregunta sobre las consideraciones de *quién o quiénes* deben guiar la reforma del Código Penal.

## **2. Los términos del desacuerdo**

Existe un fuerte desacuerdo en el que se pueden identificar, a grandes rasgos, dos posturas. Una, a favor de la sustitución del actual Código Penal por uno que se ajuste mejor a las garantías penales; y otra contraria a la reforma, por lo menos a una que disminuya las penas o haga más amplios institutos como la libertad condicional.

El primer grupo argumenta que la reforma reducirá la interferencia estatal arbitraria. El término “arbitraria” debe interpretarse aquí en el sentido de no basarse en juicios de merecimiento correctos a la luz de las garantías penales establecidas en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos. Por otro lado, sostiene que la reforma no elevará el nivel de interferencias provenientes de delitos. Reconoce que la disminución de las tasas de delito depende de otras políticas, específicamente de políticas sociales.

Mientras, el segundo grupo argumenta que la reforma conllevará al aumento de la interferencia proveniente de la comisión de delitos. También, expresa que la reforma intenta beneficiar a los delincuentes, subestimando el reclamo de justicia de las víctimas, desde que se basa en juicios de merecimiento incorrectos. Este sector percibe que las penas que establece el proyecto no se corresponden con la gravedad de los hechos sancionados. Este argumento cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que la percepción del sistema penal como un sistema que no responde a las demandas de justicia de la comunidad desemboca en un descontrol de la violencia vindicativa. Así en pleno debate sobre la reforma surgieron casos de linchamientos y homicidios a jóvenes sospechados de la comisión de delitos que fueron vinculados a la falta de eficacia del sistema penal<sup>223</sup>.

Frente a este desacuerdo, aparentemente irreconciliable, cabe preguntarse qué arreglo institucional es el más adecuado para satisfacer las demandas de tales grupos, a saber, la disminución de la interferencia arbitraria proveniente del estado y de la interferencia arbitraria proveniente del delito. A continuación analizaré las propuestas de diferentes

---

<sup>222</sup> Artículo 21 inc. 1 del anteproyecto de Código Penal: *La pena de prisión consiste en la privación de la libertad ambulatoria del condenado, en establecimientos adecuados destinados al efecto. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años.*

<sup>223</sup> El caso “David Moreyra” fue vinculado al descrédito del sistema penal para prevenir el delito <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/243076-67431-2014-03-31.html> (“Una muerte a las patadas”, *Página 12*, 31 de marzo de 2014). A este caso le siguieron otros <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-243152-2014-04-01.html> (“Cuando el miedo es una bola de odio”, *Página 12*, 1 de abril de 2014).

autores. Estas propuestas comparten el objetivo de promover la disminución de la interferencia arbitraria. Sin embargo, carecen de capacidad para limitar ambas clases de interferencias. Las respuestas varían en función del grado y calidad de participación de la comunidad en la reforma del Código Penal. Las diferentes tesis parten de la siguiente premisa: el nivel de interferencia arbitraria varía causalmente en función del grado o calidad de participación de la comunidad en el proceso de reforma.

### **3. El elitismo penal de Philip Pettit**

Desde el ideal político republicano, Pettit<sup>224</sup> defiende una propuesta elitista para la determinación de las penas. Su modelo republicano tiene como objetivo promover la libertad como no-dominación. Entiende que una persona es libre en tanto no se encuentra dominada por otros. Una persona domina a otra cuando tiene la capacidad de interferir sin costo, o con un costo significativamente bajo, en sus opciones, y cuando interfiere arbitrariamente<sup>225</sup>. La interferencia arbitraria puede ser privada –delito– o estatal –derecho injustificado–.

Partiendo del concepto de libertad como no-dominación, Pettit adopta, para la toma de decisiones colectiva, el modelo de democracia deliberativa débilmente republicana<sup>226</sup>. Defiende que este arreglo institucional tiene más posibilidades de evitar la dominación. Este modelo aporta a la promoción de la libertad como no dominación, desde que evita que intereses facciosos impulsen políticas que restrinjan la libertad de algún grupo o minoría. Evita, especialmente, la dominación de las mayorías. Las mayorías se forman con facilidad -sin dificultades se convierten en agentes reales, más que virtuales- y los agentes mayoritarios ejercen un poder más o menos arbitrario, a menos que se restrinja su voluntad (PETTIT 1997, 237). Las leyes dejarían de representar una garantía segura frente a la interferencia arbitraria estatal si la democracia se redujera al apoyo mayoritario a un punto de vista.

La preocupación de Pettit por el populismo penal surge al identificar las dinámicas de indignación (*the outrage dynamic*) como obstáculos para el desarrollo de un debate racional. Para describir estos procesos, toma el modelo del historiador Oliver MacDonagh, en su explicación del aumento del estado administrativo británico en el S.XIX. El modelo explica los tres elementos que entran en juego en la secuencia, luego de que la sociedad evidencia un mal emergente como nuevo y especialmente grave. En primer lugar, ese mal era expuesto, usualmente de una manera más o menos sensacionalista en los periódicos del S.XIX; la exposición del mal podía ser desencadenada por alguna catástrofe o quizás por el trabajo de un filántropo privado o un observador fortuito. En segundo lugar, la exposición del mal conducía a la indignación popular, esa indignación se unía con el creciente sentimiento humanitario del pueblo británico del S.XIX, a la luz del cual el mal aparecía como intolerable. Y por último, la indignación popular forzaba a los gobernantes a reaccionar, introduciendo iniciativas legislativas o administrativas diseñadas para hacer frente al mal. Esta reactividad del gobierno se debía, sin duda, al carácter cada vez más democrático del gobierno británico del S.XIX<sup>227</sup>.

Esta dinámica presenta sus particularidades cuando de derecho penal se trata. En cuanto al motivo de la exposición del mal, el caso descrito por MacDonagh, requiere la dedicación filantrópica de la sociedad o la investigación de un periodista. En el caso del derecho penal, el motivo principal consiste en el aumento de la audiencia. Por otro lado,

---

<sup>224</sup> Philip Pettit, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno* (Paidós, Bs. As: 1997).

<sup>225</sup> Philip Pettit, *On the people's terms* (Cambridge University Press, New York:2012).

<sup>226</sup> José Luis Martí, "The Republican Democratization of Criminal Law and Justice" en *Legal Republicanism* (Oxford University Press: 2009).

<sup>227</sup> Pettit, "Is Criminal Justice Politically feasible".

cuando se trata de un mal penal resulta más fácil identificarse con la víctima. Mientras la indignación que emerge en respuesta a historias de trabajo infantil y condiciones laborales era conducida esencialmente por valores humanitarios -valores que todos creen que requieren ser fomentados-, la indignación impulsada por la exposición de un mal penal es comparativamente más instintiva y básica. Finalmente las autoridades públicas, para mantener su liderazgo se ven en la necesidad de reaccionar frente a la indignación popular mostrándose a sí mismos como indignados y comprometiéndose con los recursos a su disposición.

La descripción de Pettit coincide con los procesos de reformas parciales al Código Penal Argentino anteriores al anteproyecto, especialmente, con el caso paradigmático de las leyes Blumberg. A partir del secuestro y homicidio de Axel Blumberg, seguido minuciosamente por los medios, se inició un movimiento para la modificación del Código Penal que tenía como objetivo el endurecimiento de las penas. Durante las masivas protestas organizadas por Juan Carlos Blumberg, se obtuvieron dos millones de firmas avalando un petitorio que contenía las reformas propuestas<sup>228</sup>. Aunque la iniciativa popular está vedada en materia penal, el petitorio devino en proyectos de reforma impulsados por miembros del Congreso. El hecho de que diferentes referentes políticos reciban de manera personal a familiares de las víctimas, mostrando que se identifican con ellas y poniéndose a su disposición, es una práctica que confirma la reiteración de la dinámica.

Conforme con su diagnóstico, Pettit propone que un organismo técnico ubicado por fuera del Congreso sea quien determine los montos de pena para cada clase de delito. Toma como modelo instituciones como los Bancos Centrales<sup>229</sup>. Estas instituciones, aisladas de la influencia de las mayorías, adoptan políticas sin privilegiar demandas irrazonables, tratando todas las quejas con igual consideración.

### **3. Argumentos contra el elitismo penal de Philip Pettit**

Desde el ideal político de libertad como no-dominación existen razones para oponerse a este elitismo penal. Estas razones son mencionadas por Pettit como fundamentos de una de las tres precondiciones. Su modelo de democracia deliberativa exige que las voces, titulares de una queja o de una disputa, provengan del sector representado y no sean simplemente ecos de la simpatía del que las representa<sup>230</sup>. De lo contrario, la posibilidad de disputa se convertiría en una opción dominada y los afectados, tanto las potenciales víctimas como los potenciales afectados por la ley penal, se encontrarían sujetos a la voluntad de los técnicos, que tendrían capacidad de interferir arbitrariamente en sus opciones.

Por otro lado, nada garantiza que los técnicos no sigan intereses facciosos y terminen sancionando leyes igual o más punitivas que las que apoyarían las mayorías. Esto cobra sentido si se tiene en cuenta que, contrariamente a lo que se cree, las políticas punitivas identificadas como de “mano dura” fueron impulsadas por técnicos y luego adoptadas por las mayorías. Robinson presenta seis ejemplos que avalan esta afirmación<sup>231</sup>. Alega

---

<sup>228</sup> “El petitorio fue distribuido entre la gente que se agolpó masivamente frente al Congreso en reclamo de Justicia con el fin de obtener 2 millones de firmas para ser entregado esta noche a las autoridades legislativas” <http://www.lanacion.com.ar/588575-el-texto-completo-del-petitorio-de-juan-carlos-blumberg> (“El texto completo del petitorio de Juan Carlos Blumberg”, *La Nación*, 1 de abril de 2004).

<sup>229</sup> Pettit, “Is Criminal Justice Politically feasible”.

<sup>230</sup> Pettit, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*.

<sup>231</sup> Robinson (2012b) pone como ejemplos la doctrina *Three strikes*, el aumento de las penas en delitos vinculados con las drogas para aumentar la disuasión, la baja de la edad de imputabilidad, eliminación de la eximente de anomalía psíquica, la incorporación de delitos de responsabilidad objetiva, la regla de

que, cuando los parlamentos adoptaron este tipo de programas, lo hicieron no porque la comunidad viera estas normas como justas, sino simplemente porque expertos en el control del delito sugirieron a los legisladores que tales programas reducirían la delincuencia<sup>232</sup>. Lo mismo ocurre en el caso argentino. Las reformas impulsadas por Blumberg contaron con el asesoramiento técnico del Manhattan Institute<sup>233</sup>. Las propuestas llegaron desde los técnicos y luego recibieron apoyo popular.

Esta tendencia, que oscila entre una concepción precaria de democracia, identificada como la suma de un conjunto de opiniones irreflexivas, y la delegación en técnicos de la legislación penal, está presente en el caso argentino. Al comenzar el debate público sobre el anteproyecto de reforma del actual Código Penal, se impulsó una campaña para juntar firmas bajo la consigna “no al nuevo Código Penal”<sup>234</sup>. Por otro lado, la tendencia punitivista apareció claramente influenciada por técnicos ajenos a la comunidad política argentina. Así, el líder de aquella campaña al mismo tiempo se reunía a analizar el anteproyecto con Rudolph Giuliani, ex alcalde de la ciudad de New York, reconocido por impulsar las políticas de “tolerancia cero” receptando instrucciones del Manhattan Institute<sup>235</sup>.

Delegar en técnicos la decisión sobre cómo distribuir la responsabilidad penal no garantiza protección frente a leyes arbitrarias. En los hechos, los técnicos responden a diversos intereses, que no siempre se identifican con la promoción de la libertad. La propuesta de Pettit también pasa por alto que una despolitización absoluta no es posible. Los técnicos, aun los que no actúan movidos por intereses facciosos, responden a una determinada formación académica que influye en sus decisiones. A pesar de la buena fe, se les dificultará comprender las demandas e intereses de quienes no pertenecen a su clase. Por el contrario, la deliberación en la que participan todos los sectores garantiza que las diferentes visiones sean consideradas.

Otras críticas pueden hacerse al enfoque de la democracia deliberativa débilmente republicana. En primer lugar, los ambientes democráticos no son causas suficientes del aumento de las penas. Los canales y tipos de información, y la cultura informativa en general, parecen ser una explicación más apropiada para la diversidad en las reclamaciones y el castigo de las personas. En segundo lugar, no hay información seria acerca de los intereses de los ciudadanos. Las encuestas de opinión tienen serios problemas metodológicos, simplifican los problemas y brindan información insuficiente o sesgada. En tercer lugar, nada garantiza que los parlamentos, en ocasión del desarrollo del proceso de indignación, escuchen o sigan las sugerencias de los técnicos. Finalmente, no se explica por qué esta restricción a la democracia está pensada sólo

---

homicidio con ocasión de un delito grave (*felony-murder rule*) cuando no exige algún elemento subjetivo para vincular la muerte.

<sup>232</sup> Paul Robinson, “El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena”, en *Constitución y Sistema Penal*, Mir Puig et al. ( Marcial Pons, Madrid:2012): 41-64.

<sup>233</sup> El Manhattan Institute for Policy Research (rebautizado en 1981 en el Centro Internacional de Estudios de Política Económica) es un think tank conservador estadounidense fundado en la ciudad de Nueva York en 1978 por Antony Fisher y William J. Casey. La organización describe su misión como "desarrollar y difundir nuevas ideas que promuevan una mayor libertad económica y responsabilidad individual".

<sup>234</sup> Las consignas de la campaña se encuentran disponibles en: <http://noalnuevocodigopenal.org> . También en : <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-241722-2014-03-13.html>

<sup>235</sup> Sobre la reunión: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-243005-2014-03-30.html> (“Furia”, *Página 12*, 30 de marzo de 2014).

para el derecho penal y no se aplica a otras áreas del derecho que incluso abordan asuntos más técnicos<sup>236</sup>.

#### **4. Una crítica inadvertida**

Conforme al enfoque de la credibilidad moral de se debe tener en cuenta la existencia de estas intuiciones compartidas a la hora de crear las normas jurídico-penales <sup>237</sup> En consecuencia, la reforma debe receptar los juicios de “merecimiento empírico”, es decir, el merecimiento conforme a las intuiciones sobre la justicia de una comunidad. La reforma puede desviarse de los juicios compartidos, excepcionalmente, siempre y cuando se ofrezca una explicación<sup>238</sup>.

Para Robinson, la receptación de los puntos de vista sobre la justicia de la comunidad consolida la credibilidad moral del sistema de justicia penal, lo que permite a éste aprovechar su influencia social y normativa para prevenir delitos <sup>239</sup>. El aumento de la credibilidad moral en el sistema penal tiene como objetivo potenciar su capacidad disuasoria a partir de la influencia social. Estudios recientes han demostrado que una disminución marginal de la credibilidad produce una disminución marginal de la deferencia<sup>240</sup>. Es decir que, a medida que aumenta la credibilidad moral del sistema, aumenta la deferencia como consecuencia de la mejora en la reputación de un particular derecho penal para hacer justicia y evitar la injusticia.

Una ventaja del enfoque es que, para prevenir delitos, no necesita modificar el mecanismo disuasorio. Entonces, para prevenir el delito no es necesario aumentar la amenaza penal, sino reforzar la credibilidad de la comunidad en el derecho penal a través de la recepción de los juicios de merecimiento que los ciudadanos comparten. Cuando una comunidad no comparte los juicios de merecimiento del derecho penal, la razón por la que se conforma a la norma se reduce a la coacción. Cuando la coacción desaparece los ciudadanos dejan de seguir la norma<sup>241</sup>.

La creación de un consejo de política criminal como barrera a las tendencias punitivistas de las mayorías iría en contra del mandato republicano que interpela a la promoción de la libertad como no dominación. El consejo es necesario allí donde los juicios de merecimiento de la comunidad son distintos a los juicios de los expertos. Desoír los juicios de la comunidad en estos casos arrojaría peores resultados. Se elevarían las tasas de delito- interferencia arbitraria privada. Allí donde los juicios de la comunidad son semejantes a los juicios de los expertos desaparece la preocupación por las inclinaciones de la comunidad y las razones que nos obligaban a crear el consejo desaparecen.

---

<sup>236</sup> Martí, “The Republican Democratization of Criminal Law and Justice”.

<sup>237</sup> Robinson, “El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena”, 52.

<sup>238</sup> Robinson, *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse en qué medida*( Marcial Pons, Madrid: 2012).

<sup>239</sup> Robinson, “El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena”, 46.

<sup>240</sup> Robinson, “El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena”, 43.

<sup>241</sup> Esto se ve, por ejemplo, cuando una huelga policial lleva al aumento exponencial del delito <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-235048-2013-12-05.html> (“La noche en que Córdoba vivió en peligro”, *Página 12*, 5 de diciembre de 2013).



## ALGUNAS INCIDENCIAS DEL ENCIERRO CARCELARIO EN LAS MUJERES PRIVADAS DE SU LIBERTAD EN CÓRDOBA. LA MATERNIDAD EN EL CONFINAMIENTO

Laura Judith Sánchez<sup>242</sup>

**Resumen;** A partir de un caso testigo, le propongo al lector hacer un recorrido por algunos aspectos incidentales que tiene el encarcelamiento en las mujeres presas de la provincia de Córdoba. De este modo, en este artículo se trata de presentar una exploración por algunos interrogantes y tematizaciones acerca de los derechos sexuales y reproductivos en el contexto de encierro carcelario, especialmente en lo que respecta a la maternidad.

**Palabras claves:** cárcel – mujeres –derechos sexuales y reproductivos –maternidad.

En octubre de 2013, en una de las oportunidades que ingresé a la cárcel para hacer mi trabajo de campo conozco a *Julia*<sup>243</sup>, una mujer de unos 40 años de edad a quien entrevisté en varias ocasiones. En aquel primer encuentro varias fueron las cosas que

---

<sup>242</sup> Becaria de doctorado de CONICET y el MinCyT de Córdoba en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS). Doctoranda en derecho y Ciencias Sociales por la UNC y Maestranta en Criminología por la UNL. Miembro del Programa de Derechos Sexuales y Reproductivos y del Programa de Ética y Teoría Política. Correo electrónico: laurasan\_san@yahoo.com.ar.

<sup>243</sup> Todos los nombres usados aquí son de fantasía, para reservar la identidad de las personas que nos han brindado información.

captaron mi atención: sus tatuajes en la cara (del lado derecho tenía unas huellas de piecitos y del lado izquierdo estrellas), la dificultad que tenía para expresar sus ideas al hablar, pero especialmente me impactó su abdomen prominente y redondeado, como si estuviera embarazada.

Una semana después de la primera entrevista, pude asistir a una revisión médica que realizó un médico de la Procuración Penitenciaria de la Nación<sup>244</sup> (en adelante PPN). En aquella oportunidad Julia entró a la sala donde la esperaba el médico<sup>245</sup>, se sentó y comenzó a explicarle que tenía problemas en el hígado y que por esa razón no podía prácticamente moverse. El médico le preguntó por sus tatuajes y ella respondió que “*los pies significan el camino y las estrellas sus 10 hijos, incluyendo una que falleció*”. Luego de examinarla y conversar sobre su salud, el médico le da un papel escrito donde le anota el nombre de la institución que representa y el teléfono para que cualquier inconveniente que tenga le llame y ella le agradece, pero antes de irse se acerca a mí y me dice: –“*¿Pero qué dice acá? Disculpe, es que no sé leer*”.

## 1.

Este caso junto al de muchas otras mujeres muestran las condiciones en las que viven las personas privadas de su libertad en Córdoba. El estado de salud de gran parte de la población encarcelada es precario y esto está acompañado de una mala alimentación en general. De las 10 mujeres entrevistadas en 2013, 9 dijeron que la comida era mala y 1 dijo que “*era pasable, normal*”.

El caso de Julia no es una excepción en relación a la desatención en el ámbito de la salud que experimentan las mujeres detenidas. El abdomen expandido, que a simple vista parecía un embarazo avanzado, según la revisión del médico era por la inflamación del hígado, pero no pudo ser atendida porque la única médica general que hay en el Servicio Penitenciario hacía meses que estaba de licencia, razón por la cual no contaban con ningún médico/a para revisar el estado de salud de las presas en general y hacer las derivaciones correspondientes.

El déficit de atención a la salud junto a la mala alimentación impide el efectivo ejercicio del derecho a la salud en general y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en particular. Dentro del botiquín de elementos de higiene que el Servicio Penitenciario les provee mensualmente no incluyen métodos anticonceptivos. Algunos estudios en el ámbito federal han mostrado que el 35% de las mujeres que solicitaron algún método anticonceptivo les fue negado<sup>246</sup>. La falta de suministros de anticonceptivos se convierte en un factor de riesgo para las enfermedades de transmisión sexual, a la vez que entorpece los derechos reproductivos de las mujeres en prisión. Tal como ocurre en otros países, “*las mujeres que requieren asistencia prenatal, cuidados preventivos para mantener su fertilidad y servicios de salud reproductivos ven sus derechos reproductivos en peligro cuando están privadas de su libertad*”<sup>247</sup>.

## 2.

---

<sup>244</sup> Aprovecho la oportunidad para agradecerle a esta institución por abrirme las puertas y permitirme por su intermedio la realización de mi trabajo de campo. Así mismo agradezco la colaboración y generosidad de Rossana Gauna, la delegada de Córdoba de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

<sup>245</sup> Se trata del médico de la PPN.

<sup>246</sup> Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ministerio Público de la Defensa de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación (comp.). *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011), 89.

<sup>247</sup> Roth, Rachel, “En búsqueda del Estado: ¿quién gobierna los derechos reproductivos de las mujeres en situación de prisión?” en *Justicia, género y reproducción*, comp. Bergallo Paola (Buenos Aires: Librería, 2010), 125.

Habitualmente, las discusiones y reflexiones acerca de los derechos reproductivos giran en torno al aborto y la libertad de las mujeres. Sin embargo, en contextos de encierro el efectivo cumplimiento de estos derechos trascienden estos debates. Allí donde las mujeres se encuentran privadas de su libertad ambulatoria, esta privación pareciera extenderse a todos los ámbitos de sus vidas.

Los derechos sexuales y reproductivos no se limitan a un acto instantáneo, sino que de su efectivo ejercicio se derivan un sinnúmero de consecuencias que se extienden a otros vínculos y relaciones. Los derechos sexuales pierden su sentido si sólo son pensados en función del acto sexual, ya que perderíamos de vista el deseo, la identidad, las posiciones subjetivas en los vínculos que se establecen entre los sujetos y el contexto socio-cultural. Del mismo modo, reducir los derechos reproductivos a la decisión de llevar adelante o no un embarazo simplifica la complejidad del debate sobre reproducción, tal como sería el caso de la maternidad.

Así, los hijos e hijas son un tema recurrente en las conversaciones con las mujeres detenidas. De las 10 mujeres con las que me entreviste en 2013 sólo 1 no tenía hijos/as y el resto en todas las conversaciones incluyó a sus hijos/as, lo que indica en algún sentido como la cultura de las mujeres en el encierro está influenciada por su identidad como madre en la prisión<sup>248</sup>.

Algunas mujeres presas se tatúan a sus hijas/os en el cuerpo, como en el caso de Julia. El hecho de no saber leer y escribir despierta en Julia un lenguaje de símbolos que le permite decir (sin palabras) lo que significan sus hijos: estrellas. No obstante, Julia aún no ha podido ver a sus hijos/as desde que está en prisión, en parte por la distancia, pero también por la falta de recursos económicos de sus hijos/as. Este es un problema común para las personas alojadas en la Cárcel de Bouwer, por estar retirada del ejido urbano de la ciudad de Córdoba; la distancia y la falta de disponibilidad horaria en el transporte público, son dificultades a sortear para ir y llegar oportunamente en los horarios de visitas.

### 3.

¿Y qué hay de la forma en que jurídicamente resolvemos los efectos del encarcelamiento en lo que respecta al ejercicio de la maternidad?<sup>249</sup> Tanto el Código Penal, como el Código Civil privan del ejercicio de la patria potestad a las personas condenadas, mientras dure la pena<sup>250</sup> y esto importa al menos dos consecuencias. En primer lugar, la afectación del vínculo con sus hijas e hijos en cuanto al rol y las posiciones en esa relación parental. En segundo lugar, interviene en el proceso de

---

<sup>248</sup>Matthews Roger, *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento* (Barcelona: Bellaterra, 2003), 256-257.

<sup>249</sup> Sólo nos hemos limitado a las normativas legales que rigen lo específicamente penal, sin desconocer el importante avance que existe en materia de Derechos Humanos en el marco internacional, incorporadas a nuestra Constitución Nacional a partir de 1994. Para un análisis sobre éste último, especialmente en lo que refiere a la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, ver: Rainero Liliana, “Mujeres en contextos de encierro. Una mirada desde un enfoque de Derechos Humanos y género” en *Mirar tras los muros. Situación de los Derechos Humanos de las personas privadas de su libertad en Córdoba* (Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2014), 669-680.

<sup>250</sup> El artículo 12 del Código Penal dispone la privación en la patria potestad mientras dure la pena. El artículo 309 del Código Civil establece que el ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido en los supuestos establecidos en el artículo 12 del Código Penal. Así mismo, el nuevo Código Civil prevé análogas consecuencias en su artículo 702, donde disponen la suspensión de la *responsabilidad parental* mientras dure el plazo de la condena a reclusión o prisión por más de tres años.

responsabilidades en el vínculo entre madre, padre e hijas/os. Este último punto resulta alarmante si lo analizamos a la luz del *fin resocializador* que tiene la pena.

Quitar la Responsabilidad que tiene una persona privada de su libertad respecto de sus hijos/as no parece contribuir a su reinserción, más bien parece dificultarla. El solo hecho del encarcelamiento ya dificulta este vínculo por obvias razones, no obstante quitar la *responsabilidad parental* (para usar la retórica del nuevo Código Civil) priva la posibilidad del sujeto/a de empoderarse y responsabilizarse respecto de las relaciones y vínculos con sus hijos/as. “En la cárcel, un nuevo anillo de marginación intenta estrangular las condiciones de posibilidad de ser sujeto”<sup>251</sup>.

Más allá de las regulaciones del Código Penal y el Código Civil a las que hemos hecho referencia, se encuentran las disposiciones específicas de la Ley de Ejecución Penal. La reforma del artículo 32 (y en lo que aquí concierne, específicamente el inciso f) de la 24.660<sup>252</sup> significó un avance en relación al vínculo entre madres e hijas/os, ya que prevé la prisión domiciliaria para las mujeres con hijos/as menores de 5 años. No obstante, queda aún pendiente avanzar en investigaciones que permitan vislumbrar los efectos que el encierro carcelario trae aparejado a los niños, niñas y adolescentes menores de edad en general.

Así mismo, es necesario complejizar el debate en torno a la responsabilidad parental de ambos géneros. La ley sólo prevé la posibilidad de prisión domiciliaria a la mujer, mostrando como las relaciones de poder y las desigualdades afectan de manera distinta a varones y mujeres<sup>253</sup>. Recordemos el fallo del 25 de febrero de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba donde se negó la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria a un preso varón procesado, cuya esposa tenía problemas psiquiátricos que le impedía asumir completamente la “guarda y cuidado” de sus hijos/as<sup>254</sup>. En esa oportunidad el tribunal hizo una interpretación literal del artículo y consideró que dicha disposición sólo era aplicable a las mujeres y madres, sin considerar las desigualdades de género y las violaciones a otros derechos constitucionales que esta norma puede importar.<sup>255</sup>

#### 4.

---

<sup>251</sup>Nari Marcela M. A. y Fabre Andrea M. (comp.), *Voces de mujeres encarceladas* (Buenos Aires, Catálogos: 2000), 61.

<sup>252</sup> A partir del 17 de diciembre de 2008 se aprobó la Ley 26.472, que modificó la Ley 24.660 de Ejecución Penitenciaria y el Código Penal, ampliando los supuestos de sustitución de la prisión por el arresto domiciliario para las personas con mayor vulnerabilidad, entre las que se incluyen el caso de las mujeres embarazadas y las mujeres con hijos menores de 5 años de edad.

<sup>253</sup> Iglesias Skulj Agustina, “Violencias de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista”, *Delito y Sociedad* 35 | año 22 (1° semestre 2013): 84-109.

<sup>254</sup> Sentencia disponible en [http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/sitio/docs\\_postulacion/536f03fc52048\\_gjo\\_PGJ2014\\_CasoMR\\_es.pdf](http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/sitio/docs_postulacion/536f03fc52048_gjo_PGJ2014_CasoMR_es.pdf). Para un comentario del fallo ver: <http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/sitio/caso-interna.php?conf=1&&idcaso=415>.

<sup>255</sup> El TSJ tampoco consideró que se trataba de una persona procesada, cuya prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla a la luz del principio de inocencia que rige en materia penal. Esto, por otro lado, muestra la tendencia a cierto tipo de punitivismo por parte del sistema de justicia penal, lo que ha significado en la práctica un crecimiento de la población penitenciaria en los últimos años. La superpoblación carcelaria y las condiciones de vida en los lugares de encierro están íntimamente ligadas. Especialmente, la población carcelaria de mujeres ha crecido significativamente en los últimos años. En el ámbito federal desde 1990 hasta 2007 el aumento de detenciones de mujeres en cárceles implicó un crecimiento del 350%, según las cifras oficiales del Servicio Penitenciario Federal. Ver CELS y otros, *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, 22.

Finalmente, me gustaría detenerme en el siguiente interrogante ¿Qué significa en nuestra sociedad que una persona no sepa leer ni escribir? ¿Qué efectos trae acompañado ese hecho? Si bien estas son preguntas que pueden ser pensadas para todas/os las/os ciudadanas/os, en el caso de las personas privadas de su libertad se torna central y en las mujeres detenidas presenta matices importantes.

La indefensión que reporta el límite de no saber leer y escribir, como el caso de Julia, a la hora de ejercer su defensa en el proceso penal y en la administración del castigo ya conlleva un agravante en sus condiciones, no obstante las limitaciones que puede haber aparejado en la vida antes de la prisión. Este dato se ve reforzado por la investigación realizada por el CELS, la PPN y el Ministerio Público de Defensa de la Nación<sup>256</sup> que muestra que el 64% de las mujeres no realiza, en prisión, ningún curso de educación formal y el 63% de las mujeres no han terminado la educación secundaria<sup>257</sup>. En ese sentido, las cárceles –como ocurre en otras instituciones sociales– no representan la igualdad de oportunidades.

Esas desigualdades sociales se ven reflejadas en la selectividad del sistema penal<sup>258</sup>, que opera a partir de prejuicios morales, raciales, económicos y políticos, de modo tal que “la mayoría de las mujeres que se hallan en prisión son pobres y retornarán a sus comunidades pobres luego de haber cumplido la condena”<sup>259</sup>. El caso de Julia que he tomado como ejemplo para observar lo que significa el castigo de las mujeres en Córdoba, sedestaca por la continuidad en la precariedad de sus condiciones de vida y la falta de posibilidades concretas y reales de ser incluida.

El poder de castigar totaliza la vida de las mujeres privadas de su libertad, alcanzando las condiciones de salud y obstruyendo el efectivo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de estas mujeres. Ese archipiélago de relaciones complejas que llamamos castigo refleja el modo de funcionamiento de un Estado fragmentado, en donde la operatividad del castigo se manifiesta a partir de múltiples actores que participan del sistema penal: médicos, funcionarios de justicia, agentes del servicio penitenciario, entre otros. Esto a su vez se proyecta en la falta de asistencia médica, las dificultades que se interponen a la hora de ejercer los derechos sexuales y reproductivos, el deterioro en las relaciones vinculares –especialmente con las/os hijas/os– y la falta de oportunidades reales de ser incluidas en un sistema educativo formal. Ser una mujer privada de su libertad en Córdoba implica entonces penar más allá de la libertad de locomoción.

---

<sup>256</sup> Hay que tener en cuenta que esta información fue producida considerando las personas privadas de su libertad en cárceles federales y no contamos con datos oficiales sobre la situación de las mujeres de la cárcel de Bouwer de la provincia de Córdoba.

<sup>257</sup> CELS y otros, *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, 78-82.

<sup>258</sup> Becker Howard, *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, (Buenos Aires, Siglo XXI: 2010), 152. Para una explicación análoga sobre el *proceso de criminalización* se puede consultar también: Pavarini Massimo, *Control y Dominación. Teorías criminológica burguesa proyecto hegemónico*, (México, Siglo XXI: 1983), 147.

<sup>259</sup> Roth, “En búsqueda del Estado: ¿quién gobierna los derechos reproductivos de las mujeres en situación de prisión?”, 110.



## LA DEFENSA PÚBLICA EN ARGENTINA – ¿UNA INSTITUCIÓN LIBERAL?

Anna Richter<sup>260</sup>

**Resumen:** Este artículo intenta analizar si la defensa pública es una institución necesaria según la teoría liberal Rawlsiana y, si fuera el caso, cómo se la tendría que configurar conforme a los principios Rawlsianos. En un segundo momento se comparará tal configuración de la defensa pública liberal con lo establecido por la legislación argentina, para poder responder la pregunta de si la defensa pública, tal como está organizada en Argentina, responde a las exigencias liberales igualitarias.

**Palabras clave:** derecho a la defensa técnica; defensa pública; liberalismo igualitario.

### 1. Introducción

Al igual que en la mayoría de nuestros ordenamientos jurídicos contemporáneos,<sup>261</sup> también en Argentina se alega su fundamentación en el liberalismo.<sup>262</sup> Sin embargo, los

---

<sup>260</sup> Abogada, Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich-Alemania. Doctoranda, Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich/Alemania y Universidad Nacional de Córdoba/Argentina. Maestranda en la Maestría “Global Rule of Law”, Università degli Studi de Génova/Italia. Ex-becaria DAAD. Becaria doctoral SeCyT. Miembro del Programa de Ética y Filosofía Política (UNC). Correo electrónico: anna.e.richter@gmail.com.

ordenamientos jurídicos supuestamente liberales ofrecen soluciones muy diversas para problemas más o menos similares. Cabe preguntarse si esa afirmación realmente se ve verificada cuando se realiza un análisis meticuloso de los ordenamientos en general y de sus diferentes instituciones en especial. Un análisis completo de todo el sistema jurídico argentino no sólo sería un auténtico trabajo de Sísifo, sino también excedería el espacio aquí disponible. Por ello, restringiré mis argumentaciones a una teoría liberal, la del liberalismo igualitario rawlsiano y por el otro lado me limitaré al análisis de la figura de la defensa pública e intentaré determinar si y hasta qué punto la institución de la defensa pública en el ordenamiento jurídico argentino puede considerarse una institución liberal en ese sentido.

## **2. Breve resumen de los principios principales del liberalismo igualitario rawlsiano**

Rawls parte de la elaboración de una teoría de justicia que estructure las instituciones públicas de una manera justa para todos. Ésta consiste en una distribución equitativa de los valores sociales y bienes primarios, salvo si una distribución inequitativa beneficia a todos.<sup>263</sup> Rawls matiza y concretiza esta concepción de justicia mediante dos grandes principios, el principio de la igual libertad y el principio de los desiguales recursos. Según el primero, “cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio y total sistema de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertades para todos.”<sup>264</sup> Dado que los ciudadanos en una sociedad justa deben tener los mismos derechos básicos, el primer principio exige una distribución igual de estas libertades.<sup>265</sup> El segundo se refiere a las desigualdades económicas y sociales. Éstas tienen que distribuirse por un lado conforme a la igualdad de oportunidades para aspirar a cargos y funciones y por el otro lado conforme al principio de diferencia según el cual sólo son admisibles aquellas desigualdades que benefician a los más desventajados. Con estos principios Rawls intenta establecer un ordenamiento en el que se tratan a todos igualmente como personas morales. En este intento, la distribución de funciones y bienes no debe depender de la suerte de cada uno en la lotería natural,<sup>266</sup> para que la realización de los diferentes planes de vida de las personas no dependa de ellas, sino solamente de sus elecciones. Por ende, Rawls intenta equilibrar las desigualdades basadas en circunstancias mediante los principios de igual libertad y desiguales recursos. Según esta afirmación, las instituciones estatales tienen que organizarse entonces de tal manera que respeten el principio de la igual libertad y el principio de los desiguales recursos, teniendo en cuenta a la vez las elecciones de sus ciudadanos.

## **3. Aplicación de la teoría rawlsiana a la institución de la defensa pública**

Según el principio de igual libertad, el Estado debe conceder a todos sus ciudadanos todas aquellas libertades básicas cuyo ejercicio no limita las libertades de otros. Entre

---

<sup>261</sup> Así, por ejemplo, Paul Roberts, “Theorising Procedural Tradition: Subjects, Objects and Values in Criminal Adjudication”, en *The Trial on Trial*, eds.: Duff, Farmer, Marshall, Tadros (Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, vol. 2), 40.

<sup>262</sup> Raul Zaffaroni, “Presentación”, en *Constitución de la Nación Argentina – Publicación del Bicentenario* –, Corte Suprema de Justicia de la Nación/Biblioteca del Congreso de la Nación/Biblioteca Nacional (Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación/Biblioteca del Congreso de la Nación/Biblioteca Nacional 2010), 24.

<sup>263</sup> John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Belknap Press 1971), 62.

<sup>264</sup> Will Kymlicka, *Filosofía política contemporánea. Una introducción* (Barcelona: Ariel 1995), 66.

<sup>265</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, 61.

<sup>266</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, 75.

estas libertades básicas se encuentra la protección frente a detenciones y confiscaciones arbitrarias según el concepto del Estado de Derecho, lo que comprende el derecho de defensa.<sup>267</sup> Una protección eficiente contra tales acusaciones requiere en general de conocimientos jurídicos, que un ciudadano común obtiene mediante la ayuda de un abogado defensor. Por ello, la libertad de defenderse debería comprender también la libertad de contar con asistencia jurídica. Tal asistencia jurídica tampoco interfiere con las libertades de ajenos, sino que más bien les conviene a todos, porque puede contribuir a facilitar e incluso acelerar el procedimiento penal, establece un contrapeso a la fuerza estatal dirigida a la persecución y acusación penal, mejorando la igualdad de armas y ayuda a un mayor acercamiento a la verdad que se busca encontrar en el proceso penal. Por ende, un Estado que permite la participación de un abogado defensor en el proceso penal, cumple con el primer principio rawlsiano de la igual libertad.

En resumen se puede decir que el primer principio rawlsiano de las iguales libertades justifica la facultad de todos los ciudadanos de contar con un abogado defensor en el procedimiento penal. Sin embargo, la mera concesión de esta libertad a todos los ciudadanos por igual todavía no asegura que todos los ciudadanos también puedan hacer un uso igual y efectivo de esta facultad. Más bien, el uso que se puede hacer de tal libertad depende de si el ciudadano en cuestión tiene los recursos económicos necesarios para pagar los honorarios del abogado.

Aquí se plantea la pregunta de si “tener la libertad de hacer algo” también tiene que incluir “poder hacer uso efectivo de su libertad”. Rawls distingue allí entre la concesión de una libertad y el valor de tal libertad.<sup>268</sup> El primer principio rawlsiano de las iguales libertades procura concederles a todos una igual libertad, sin que se tome en cuenta si esa libertad tiene el mismo valor para todos, es decir, si todos los ciudadanos tienen las mismas capacidades económicas y de poder para ejercer esa libertad y alcanzar sus intereses. El segundo principio rawlsiano se ocupa del valor de la libertad. Así, según Rawls, “si se juntan los dos principios, la estructura básica se ha de organizar de tal manera que para los menos aventajados se maximice el valor del esquema completo de igual libertad compartida por todos.”<sup>269</sup>

Volviendo a la cuestión de la defensa técnica, habría que analizar entonces de qué manera el segundo principio rawlsiano maximiza el valor de la libertad de contar con un abogado defensor en un procedimiento penal para aquellos ciudadanos que por su propia cuenta no pueden hacer uso de tal libertad, porque les faltan los medios económicos para pagar los honorarios del abogado. Existen, por lo menos, tres maneras de compensar esta desigualdad de oportunidades: 1. la defensa técnica *ad honorem*, 2. la defensa técnica ejercida por abogados particulares y pagada por el Estado, 3. la defensa técnica como institución estatal.

### **3.1. La defensa técnica *ad honorem***

Una posibilidad para compensar esta desventaja podría consistir en un asesoramiento legal *ad honorem*. Sin embargo, esta solución plantea varios problemas. Por un lado, la persona menos aventajada dependería de la buena voluntad de otro para hacer uso de su libertad y puede haber casos en los que no se encuentre a ningún abogado dispuesto a trabajar *ad honorem*. En este caso no existiría una igualdad de oportunidades entre el

---

<sup>267</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, 61.

<sup>268</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, 204: „liberty is represented by the complete system of the liberties of equal citizenship, while the worth of liberty to persons and groups is proportional to their capacity to advance their ends within the framework the system defines.“

<sup>269</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, 205.

menos aventajado que depende de la buena voluntad de otros y el más aventajado que no depende de ella. Además, la teoría de Rawls está dirigida hacia la construcción de un sistema institucional justo, donde la compensación de desventajas e injusticias no depende de la benevolencia de ciertos individuos, sino que está en manos del Estado. Remitir a los menos aventajados a la buena voluntad de conciudadanos más aventajados no es una solución válida en el sistema rawlsiano.

El problema de la incertidumbre de encontrar ayuda podría solucionarse si el Estado mismo obliga a los abogados defensores a ofrecer cierto porcentaje de su fuerza laboral *ad honorem*. Adaptando el porcentaje del trabajo *ad honorem* a la demanda, el Estado podría asegurar que cada ciudadano sin recursos financieros suficientes encuentre a un abogado dispuesto a defenderlo sin honorarios. Sin embargo, esto no resuelve el segundo problema. Aun así serían ciertas personas individuales quienes tienen que hacer un sacrificio –i.e. trabajar gratis– para compensar las desigualdades sociales. Por último, existe el peligro de que los abogados forzados a trabajar *ad honorem* no se esfuerzan tanto en el desempeño de la defensa como lo harían si recibieran un honorario. Por estas razones el ofrecimiento de una defensa técnica *ad honorem*, sea ésta voluntaria o obligatoria, no equilibra las desigualdades en el ejercicio de la libertad de contar con un defensor.

### **3.2. La defensa técnica pagada por el Estado**

También existe la posibilidad de que el Estado se encargue de pagar los honorarios de los abogados particulares si el ciudadano no dispone de los recursos económicos para pagar los honorarios. De esta manera, la diferencia entre el asesoramiento jurídico para una persona con recursos económicos y aquella para una persona sin tales recursos consiste solamente en la persona que paga los honorarios: en el primer caso paga el cliente mismo y en el segundo caso paga el Estado. Así, en teoría, tanto el ciudadano adinerado como el pobre tienen acceso a los mismos abogados. Tampoco se plantean los problemas surgidos en la defensa técnica *ad honorem*. Dado que el abogado recibe su honorario en ambos casos, no es más difícil encontrar un abogado para la persona sin recursos que para el ciudadano con recursos. La calidad de la defensa tampoco difiere entre un caso y el otro, porque el abogado no está obligado a trabajar *ad honorem*, sino que es remunerado de igual manera y no se ve tentado a prestar un servicio de menor calidad. Por último, es el Estado quien carga con los costos para la compensación de desventajas y no se exige este sacrificio de personas individuales.

En resumen, la implementación de un sistema de defensa técnica a cuenta del Estado puede compensar desventajas económicas y proveer iguales oportunidades de hacer uso de la libertad de hacerse asesorar por un abogado defensor. Esta solución es entonces compatible con el principio de las iguales oportunidades.

### **3.3. La defensa técnica como institución estatal**

Una ulterior solución consiste en la creación de una institución estatal de defensa técnica para aquellos casos en los que el ciudadano no podría pagar los honorarios del abogado. Así, existen dos caminos hacia la asistencia jurídica en el procedimiento penal: cuando el ciudadano tiene suficientes recursos económicos, acude a un abogado defensor de su elección y éste le garantiza su defensa; cuando no dispone de ellos, se dirige a la institución estatal en busca de asistencia jurídica. En ambos casos se asegura una asistencia jurídica independientemente de los recursos económicos del ciudadano. Sin embargo, entre la defensa técnica particular y la defensa técnica estatal hay algunas diferencias. Por un lado, y al igual que en cualquier servicio brindado por el Estado, en la defensa técnica estatal el ciudadano no tiene la posibilidad de elegir al abogado

encargado de su defensa, sino que las competencias y la distribución de casos están predeterminadas por reglas internas. No disponer de tal posibilidad de elección puede significar un problema cuando el ciudadano no se siente comprendido por su abogado o no está de acuerdo con la estrategia de defensa elegida por aquél. Además, los defensores para personas sin recursos económicos son funcionarios públicos y por ende forman parte del Estado. Este hecho puede despertar en el ciudadano la sospecha de que su defensor sienta más lealtad frente a su empleador que al ciudadano y que en casos de conflictos entre intereses estatales e intereses individuales del imputado superponga los primeros sobre los segundos. Independientemente de si esta sospecha sea acertada, su mera existencia puede impedir la creación de confianza entre ciudadano y defensor, lo que en ocasiones puede dificultar una defensa eficaz.

Una defensa técnica por medio de una institución estatal puede entonces establecer un acceso a la asistencia jurídica también para personas sin recursos. Sin embargo, los problemas antes mencionados significan desventajas para los ciudadanos sin recursos frente a aquellos con recursos, por lo que no se establece una igualdad de oportunidades en todos los sentidos.

En resumen se puede decir entonces que un servicio jurídico *ad honorem* no lleva a una igualdad de oportunidades, que la asistencia jurídica a cuenta del Estado lleva a una igualdad de oportunidades en todos los ámbitos y que el servicio jurídico en forma de institución estatal puede igualar ciertas desigualdades, pero no todas.

*Prima facie*, según la teoría rawlsiana es entonces necesario ofrecerles a todos los ciudadanos iguales oportunidades en el ejercicio de su libertad de contar con un abogado defensor. Sin embargo, en el principio de diferencia Rawls preve la posibilidad de considerar ciertas desigualdades como justas, si ellas benefician a los menos aventajados. En el presente caso se trata entonces de analizar si los menos aventajados están más beneficiados si otros sí pueden hacer uso de su libertad de contar con un abogado defensor, mientras que ellos no lo pueden, porque no se toman las medidas antes mencionadas. Esta diferencia no parece brindar ninguna ventaja para los menos aventajados. Los beneficios que se dan para los menos aventajados del hecho de que las personas con mayores recursos económicos pueden ejercer su libertad de contar con un abogado defensor no son mayores si los menos aventajados no tienen tal oportunidad de acceder a la defensa técnica. Esto significa que en este caso el principio de diferencia no permite la conservación de desigualdades, sino que más bien el principio de la igualdad de oportunidades exige la compensación de tales desventajas según lo descrito arriba.

En resumen se puede decir que el primer principio rawlsiano les da a todos la misma libertad de contar con un abogado defensor en el procedimiento penal y que el segundo principio rawlsiano exige la implementación de un sistema estatal para compensar las desigualdades que se pueden dar debido a la falta de recursos económicos para ejercer tal libertad. Este sistema de iguales oportunidades puede consistir en el mejor caso en una defensa técnica a cuenta del Estado y, como segunda opción, en la implementación de una institución estatal de defensa técnica.

#### **4. La defensa pública en la legislación argentina**

Ahora queda por analizar si y hasta qué punto la legislación argentina respecto de la defensa pública es compatible con los principios rawlsianos antes mencionados.

El hecho de que en Argentina la competencia legislativa en el ámbito procesal penal está distribuida entre la Nación y las Provincias, no presenta problemas respecto de la defensa pública, porque ésta se encuentra establecida en todos los Códigos Procesales

Penales argentinos. Por ello y de modo ejemplar aquí sólo se presentará la respectiva normativa del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) y de la Provincia de Córdoba (CPPCor).

#### **4.1. El derecho a un abogado defensor**

Aunque en la Constitución de la Nación Argentina no se encuentra explícitamente el derecho de contar con un abogado defensor, tanto doctrina como jurisprudencia afirman que el artículo. 18 CN comprende tal derecho.<sup>270</sup> Además existen tratados internacionales con rango constitucional que confieren el derecho a un defensor de manera expresa.<sup>271</sup> Tanto a nivel constitucional provincial (artículo. 40 CCor) como en los Códigos Procesales Penales también se encuentra la normativización explícita de ese derecho (artículos. 104 CPPN, 118 CPPCor). En todas estas normativas, el derecho a la defensa técnica es conferido de manera general a todas las personas que se encuentran imputadas en Argentina. De esta manera, cada persona tiene un igual derecho a un abogado defensor, lo que satisface las exigencias antes mencionadas del principio de las iguales libertades.

#### **4.2. Generación de iguales oportunidades respecto del derecho a la defensa técnica**

Como se ha visto arriba, la falta de recursos económicos puede llevar a la incapacidad de hacer uso del derecho de contar con un abogado defensor. Este hecho también es reconocido por la legislación argentina, a nivel nacional en el art. 25 k) Ley 24.946, y a nivel provincial en los artículos. 49 CCor, 1 Ley 7982. Estos mismos artículos expresan que la falta de recursos económicos no debe generar un obstáculo para el ejercicio del derecho a la defensa técnica. De ello se puede inferir que el hecho de que el derecho a la defensa técnica tiene un diferente valor para cada persona debido a la distribución desigual de recursos económicos es considerado en la legislación argentina una situación injusta que requiere de medidas compensatorias. A nivel de la teoría rawlsiana, esta argumentación se ve expresada en el principio de las iguales oportunidades.

Como se ha visto arriba, existen diferentes posibilidades, más o menos exitosas, para compensar estas desigualdades y establecer oportunidades iguales para todos para hacer uso del derecho a la defensa técnica. En la legislación argentina, las iguales oportunidades para hacer uso del derecho a la asistencia jurídica se crean mediante un sistema de defensa técnica como institución estatal.

Sin embargo, la ubicación de esta defensoría pública dentro del sistema judicial difiere tanto entre las provincias entre sí como entre las provincias y la Nación. En el ámbito de competencia legislativa de la Nación, la defensa pública es ejercido por el Ministerio Público de la Defensa (artículos. 25 k) Ley 24.946), mientras que en el ámbito de competencia legislativa de la Provincia de Córdoba, la organización de la defensa pública es ejercida por el Cuerpo de Asesores Letrados (Ley n° 7982), cuyos defensores públicos son funcionarios del Poder Judicial (artículo. 2 Ley n° 8435). Esto último conlleva el problema indicado más arriba. Si los funcionarios públicos que ejercen la defensa pertenecen orgánicamente a la misma institución, puede haber un conflicto de intereses y lealtades en el cual el funcionario público defensor elija privilegiar las relaciones con sus colegas antes que los intereses de su defendido.

---

<sup>270</sup> Así, p.e. Alejandro Carrió y Guillermo Garay, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ª ed. (Buenos Aires: Hammurabi 2006) 537.

<sup>271</sup> Carrió y Garay, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 537; art. 8 II d AMRK; art. 14 III b y d IPbPR. El rango constitucional de estos tratados está establecido en el artículo. 75 inc. 22 CN.

Debido a la implementación de estas defensorías públicas, cada persona tiene acceso a un abogado defensor, independientemente de sus recursos económicos. Sin embargo, y como se ha descrito arriba, este sistema conlleva algunos problemas, que podrían evitarse con la adopción del aquí llamado sistema de la defensa pública a cuentas del Estado. El sistema de defensa pública normativizado en Argentina cumple entonces con los principios fundamentales del liberalismo igualitario rawlsiano, aunque existe un posible sistema de defensa pública que se adaptaría aún mejor a las exigencias de esa teoría política.

## **5. Conclusión**

Si bien el sistema argentino de la defensa pública cumple generalmente con los requisitos del liberalismo igualitario rawlsiano, es pensable un sistema ulterior que se acerca aún más a las exigencias establecidas por el enfoque liberal analizado.