

Por **EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

Eduardo Balestena es, realmente, una persona molesta. Balestena podría llegar todos los días a media mañana al tribunal, colgar su saco en el perchero, pedir café con facturas, numerar fojas, firmar unas cuantas fórmulas en forma de planchas reiteradas al infinito, estampar algunos sellos, ponerse nuevamente el saco y salir a almorzar hasta la hora de la siesta, volver y comentar intimidades tribunali-

cias, volver a su casa, mirar televisión y dormir. No sé por qué Balestena quiere preguntarse por lo que hace y para qué lo hace, cuando otros ya lo pensaron y respondieron, de un modo que nadie puede permitirse el lujo de poner en duda las respuestas contundentes y de las que nadie se atreve a discutir, al menos en los pocos segundos que, en las conversaciones de juzgado, no se dedican al fútbol o a algunas anatomías televisadas. A Balestena le bastaría extender la mano hasta el anaquel más próximo para tomar cualquier manual que le explique para qué sirve lo que hace, responda con lujo de citas en todos los idiomas, la mayoría de muertos, lo que siempre les otorga mayor seriedad. Si eso no le satisficiera por completo, cuando vuelva a su casa podrá verificar por televisión cualquiera de esas respuestas, sin citas y con lenguaje más impreciso, reiterada por algún formador de opinión –que sin estar muerto pone cara de estarlo- que ignora a quién pertenece y que cree que la acaba de inventar. Si algo no le queda claro, será por defecto de

comprensión del propio Balestena, quien, además, vive en Mar del Plata, que es por definición la “ciudad feliz” y, por ende, tampoco se comprende por qué se preocupa por la injusticia social. Si los presos en Estados Unidos son negros y latinos, o si en la Argentina son pobres, es claro que eso se debe a que los negros, latinos y pobres delinquen más. Alguna vez el sistema penal se ocupa de alguien que no es negro, latino o pobre, y eso prueba de que no es selectivo.

Balestena parece que no comprende nada de esto, y no conforme con ello, trata de difundir sus dudas, haciendo que los demás duden. Para ello se vale de filmes, novelas y cuentos, producidos por unos cuantos artistas desequilibrados que desde hace más de un siglo se sabe que son genios degenerados extremadamente peligrosos para hacer un libro de criminología y política criminal, si es que ambos campos pueden separarse, lo que no es muy sencillo, dadas las superposiciones a veces casi totales, en una visión crítica, que desnuda la realidad del poder punitivo. Además, todo eso lo hace con un claro sentido didáctico, muy apropiado a los tiempos que corren. Se trata de una obra criminológica pero que se distingue de las corrientes por el modo en que impacta en el lector y por la vía que elige para hacerlo. Tal vez en este sentido sea casi única en su género. Por supuesto que esta característica desconcertará a quienes definen una obra por el orden clásico de su índice; en este caso tendrán que tomarse la molestia de leerla para saber de qué se trata. Casi incurro en algo que ningún prologuista debe hacer, que es poco menos que contar el final.

Todo este empeño no hará más que distraer a los estudiantes, que son futuros funcionarios, de sus tareas específicas, con el riesgoso dispendio de energía psíquica que, en lugar de aplicar para establecer con precisión qué sello debe elegir, la dedicarán a la inútil tarea de saber para qué lo hacen, lo que es completamente innecesario, dado que “siempre se hizo así” y nadie tuvo problemas.

Realmente, Balestena es una persona no sólo molesta, sino también peligrosa, porque pretende hacer reflexionar a los otros, lo que es extremadamente disolvente, al punto que, si nadie ni nada me hubiese hecho reflexionar un poco, los párrafos precedentes los hubiese escrito (o por lo menos pensado) en serio, porque para ello me habían entrenado.

## EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

*Departamento de Derecho Penal y Criminología  
Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires  
Junio de 2005.*

---

### **Presentación al libro “La fábrica penal” de Eduardo Balestena**

#### **Por Carlos Elbert**

Este tercer número de la colección Memoria Criminológica constituye para mí una gran satisfacción, por variados motivos. En primer lugar, y tal como había anunciado en la Presentación a nuestro número uno - aparecido a comienzos del año 2004 - esta colección apunta a dos fuentes materiales del saber criminológico de todos los tiempos: textos fundamentales – en algunos casos antiguos y de difícil obtención (llamados habitualmente “clásicos”), que se señalan con números dorados en la portada. Tal fue el caso de los trabajos ya publicados, a saber, la compilación en homenaje a Alessandro Baratta y la reedición del casi desaparecido texto de Garófalo, que por primera vez llevó por título “Criminología”. Pues bien, volviendo a aquella presentación originaria, también afirmamos allí que queríamos promover, además, la obra de autores contemporáneos y noveles, en la medida en que la calidad de los trabajos justificara su difusión y que, en tales casos, la portada llevaría el número en color blanco. Hoy estamos cumpliendo con aquél propósito, ofreciendo el trabajo de Eduardo Balestena, titulado “La fábrica penal”.

El autor es, probablemente, poco conocido en los reducidos ámbitos de la actividad criminológica rioplatense. Presentarlo no resulta, sin embargo, una tarea fácil, como señala Zaffaroni en su irónico prólogo, cuando afirma que Balestena es una persona “molesta”.

Eduardo Balestena presenta un currículum sólido y sin embargo no es abogado, ni sociólogo, sino Trabajador Social, recibido en Mar del Plata. Entretanto, es estudiante de Derecho en una de las universidades de la misma ciudad y trabaja como Prosecretario Administrativo en la Justicia, a cargo de la Oficina de Juris-

prudencia de la Cámara Federal. Se define a sí mismo como “ensayista y escritor” lo que, según parámetros corrientes y debidamente prejuiciosos, podría conducir a considerarlo una persona “sin autoridad” para criticar a la justicia, los jueces o el sistema penal. Como podrá verse lo hace, y además, llevando el cuchillo hasta el hueso, enfrascándose en los temas más arduos y polémicos. Lo hace con buena pluma, mejor criterio y una bella y profusa bibliografía (y filmografía) a la que reproduce o evoca con acierto.

Nuestro autor acredita en su currículum haber dictado y asistido a numerosos cursos, elaborado diversas monografías, dictado conferencias y publicado sobre muy diversos temas, dados a conocer tanto en Argentina, como en México y España. Sorprende, eso sí, que una buena parte de su labor esté dedicada a la literatura y la música, actividades en las cuales ha obtenido premios y reconocimientos destacables. Una de sus novelas ostenta, por ejemplo, un llamativo juicio laudatorio de Marco Denevi. Pero, como si todo ello fuese poco, Balestena es, además, piloto civil y un entendido en cuestiones de automóviles y motocicletas. ¿Quién duda, entonces, que resulta *molesto* presentar a alguien con un currículum vitae tan heteróclito? Por otra parte, el estilo ensayístico de Balestena, con mucha influencia foucaultiana, discurre con poco interés por las estructuras, los índices y los compartimentos del raciocinio metódico. Su pensamiento corretea en libertad, atacando cada tema desde ópticas múltiples, como un caleidoscopio analítico al que no faltan, sin embargo, profundidad ni rigor.

Quien busque en este libro una atildada exposición de ortodoxia académica se verá defraudado. Estamos ante un texto para librepensadores habituados a bucear en búsqueda de verdades profundas, sin mayor preocupación por los caminos que conduzcan a ellas. Así es como Balestena *planea* gracilmente por la filosofía, la sociología y el arte, pero escrutando temas esenciales de la política criminal. Me cuesta afirmarlo, pero **al menos creo**, que estamos ante un trabajo de raigambre criminológica, que nos permite profundizar temas como las relaciones de sujeción y opresión en la historia humana, la estructura interna de la llamada “racionalidad” judicial, el problema de la igualdad humana y su relación con los valores, la naturaleza epistemológica del Derecho y hasta en el pensamiento de Max Weber, entre otras cuestiones, matizándolo todo mediante el análisis de novelas o películas famosas, a través de cuyos argumentos se recrean los temas bajo análisis.

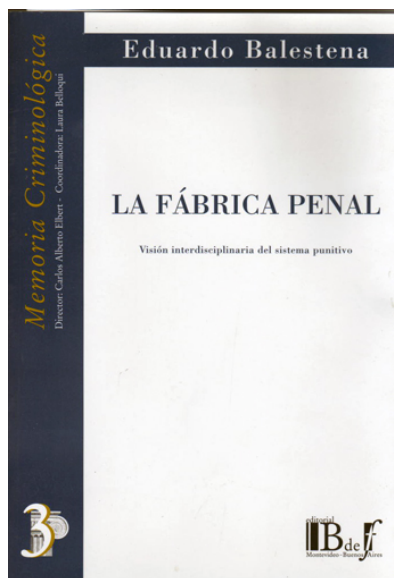
Este trabajo me recuerda a la famosa figura propuesta por Foucault, de la *caja de herramientas*, de donde cada uno puede tomar la que considere más apropiada para afrontar un problema. No tengo duda de que cualquier tramo de este desarrollo contiene verdades profundas, que no están abordadas desde la mera denuncia, sino desde un análisis minucioso, tan implacable como sereno.

No dudo que quienes sepan tomar este libro en los sentidos que se indican, o sea, como un aparente juego didáctico que manipula problemas importantes, obtendrán abundantes argumentos para comprender mejor la realidad. Por cierto, éste es un libro que debe molestar mucho a quienes se desempeñen profesionalmente en el campo del derecho, en especial, si están encierrados en la famosa mentalidad corporativa. La moraleja del trabajo podría ser: “Hay vida más allá del derecho penal”. Así parece decirlo este autor que, como quedó se-

ñalado, genera inquietud, allí donde suelen reinar la indiferencia burocrática y el conformismo de los hábitos. Este es un noble propósito y me complace en señalar que Memoria Criminológica lo hace suyo, poniendo a disposición de los lectores el original trabajo de Eduardo Balestena.

**CARLOS ALBERTO ELBERT**

Buenos Aires, febrero de 2006.



**FRAGMENTOS DEL LIBRO “LA FÁBRICA PENAL” DE EDUARDO BALESTENA, ENVIADOS EN EXCLUSIVA POR EL AUTOR PARA [WWW.IUSPENALISMO.COM.AR](http://WWW.IUSPENALISMO.COM.AR)**

**Las decisiones legales.**

**En busca de los justos términos.**

Decidir es la actividad continua del sistema legal. Los productos de esta actividad están a la vista a cada paso. Ella abarca cuestiones mayores y menores, teóricas y prácticas, de alto o bajo nivel, de repercusión pública o privada.

Litigantes, abogados, el Ministerio Público, todos aportan elementos para tomarlas, se someten o cuestionan decisiones y lo hacen reclamando otras que vengan a restaurar algo que las primeras dejaron fuera.

Distintos sistemas legales plantean distintos ámbitos de decisión. En unos los jueces interpretan, en otros, son la boca de la ley.

¿Pero qué es en rigor, decidir?

Decidir parece ser la respuesta a un reclamo por el cual debe optarse, entre distintas soluciones posibles, por la correcta.

Ello plantea dos problemas: determinar una idea de corrección –un estándar- y aplicarlo, o por el contrario, producir una decisión que no responde a un estándar de corrección sino a un interés determinado y por lo tanto, no es justa.

Así, una decisión conecta alternativas de hechos, con ideas, posibilidades y razones, en el marco de un sistema legal.

Sin embargo, este marco no es absoluto. También él debe responder a ciertos estándares: su ajuste constitucional y la equidad en la aplicación de sus disposiciones.

Una decisión es a la vez un camino que se frustra, una posibilidad que se cierra, una razón que no opera o un camino azaroso que se abre.

Es también algo que debe autoabastecerse, es decir, que debe por sí misma ajustarse a esa idea de corrección antes de depositarla en otra instancia, ya que constituye un vicio forense el hecho de suponer que una instancia posterior habrá de enfocar el caso de otro modo y que con ello, existe una especie de reaseguro acerca de la justicia de esa decisión, que si no opera en esta instancia, podrá hacerlo en otra.

De este modo, una decisión debe significar por sí misma la conclusión de un proceso de conocimiento, procurarse cerrar el caso, evaluar las contingencias que se abren a partir de ella y ser conciente de las consecuencias que implica, si producen efectos negativos que modifiquen la situación que originó dicha decisión.

Si una decisión es el acto de obtener el mejor camino posible, debe reparar más que en la autoridad que la sustenta, en las posibilidades que cierra y pensar que acaso las mejores decisiones sean las que cierran menos posibilidades, las que significan un desgaste menor y las que se justifican a sí mismas por los pasos que se han seguido para obtenerlas.

Aunque parezcan coherentes, si las decisiones llevan a lugares de incertidumbre jurídica, significan nuevas inseguridades o apelan a las soluciones que puedan llegar desde otros espacios del poder público, entonces no pueden ser enteramente justas. Justicia parece tener que ver con positividad y economía: cuanto menor desgaste y menor transferencia de la materia a decidir a otras agencias, tanto más justas parecen las posibilidades de efectivizar un derecho. Cuanto mayor sea la negatividad, la demora en reconocer, la solución burocrática, también menor será la posibilidad de un resultado justo.

Tenemos así un punto de vista: cuanto mayores y más evidentes sean las cuestiones que el acto de decidir deja afuera, tanto más injusta parecerá ser la decisión. Esta es también la diferencia entre un modelo deliberativo –en el cual las soluciones son el producto del contenido de argumentos expuestos por las partes- con otro autoritario –en el cual, a partir de la autoridad pura y no de la deliberación, se opta por llevar a cabo un corte, más allá de la materia argumentada.

Otro problema es el espacio de interpretación: si éste amplía o reduce márgenes discrecionales, y el ajuste constitucional de estos márgenes. Probablemente en ellos podamos encontrar la ideología de las decisiones.

Si no asumimos la actividad de decidir como lo que es –un acto ideológico– seguiremos con la tradición ficcional tan arraigada, por la cual sólo principios y argumentos cuentan. En muchos casos, salta a la vista que no es así.

### **Los presupuestos.**

Toda decisión lleva una carga de operaciones implícitas. Muchas veces ni siquiera se trata de enunciados verbales, sino simplemente de elementos que dan por sentado que dichas operaciones existen. Todo el que toma una decisión, implícitamente, pide que se crea en la objetividad de su presentación de los hechos y los argumentos, y se expresa en términos de totalidad: ha leído, conocido, considerado y evaluado, y a los argumentos expuestos, opone contraargumentos, cuya síntesis final es justamente, su decisión.

Esto, que parece tan sencillo, supone que existen niveles de razones, formas de ver y realidades y que por ejemplo, no existen ideologías capaces de sesgar esas decisiones y dejar pasar lo que se quiere ver y decidir a partir de ahí y no de la totalidad desde la que se pretende llevar a cabo la enunciación.

La sociedad no es tan simple sino que se compone de capas cuyas visiones y significaciones, no son las mismas, con lo cual surge el papel del derecho, cuya legitimidad reside en funcionar como un marco general, capaz de poner un límite racional que ponga esta convivencia en términos justos.

Se presupone que lo que se decide lo es libremente, y no producto de la manipulación, la coacción o la conveniencia, ya que eso significaría vulnerar el consenso –es decir la aceptabilidad general– de lo que se afirma.

Podemos, a esta altura, dividir el marco en: 1. la legitimidad de las normas que se utilizan, y 2. el modo de ajustar las normas a los hechos, lo cual presupone un modo de verlos.

1. La legitimidad de las normas está dada por el hecho de que sean válidas y justas, y que respondan a estándares de racionalidad; que sean el resultado de un procedimiento válido y que tengan un contenido moral que no justifique su desobediencia.
2. En el modo de ajustar las normas a los hechos interviene un proceso de percepción, deliberación y jerarquización.

Con respecto al primer punto, si las normas en que se enmarcan las decisiones no tienen un contenido moral, lo que se produce a partir de ellas no puede ser justo.

Normas espurias, carentes de equidad, pronunciadas por órganos sin legitimación, no pueden garantizar situaciones justas y no es dable aceptarlas por sobre otras de mayor rango. Las normas que aniquilan derechos, o que producen situaciones que no pueden entenderse como un propósito deseable del legislador, deben ser por fuerza restrictivas.

Si el derecho no es esta congruencia, se trata de normas que rigen por el poder que las impone y no por su racionalidad. Si el derecho no es congruente ni factible de refutación a partir de sus argumentos, no es legítimo.

Tenemos entonces, como primera medida, el de la legitimidad del marco legal de las decisiones.

Esto plantea el problema de la legitimidad o no de las permanentes situaciones de crisis, en las cuales la racionalidad del marco, debe ceder en aras de resolver una situación determinada.

De este modo, para aspirar a ser el marco de una decisión justa, una norma debe haber sido originada por un procedimiento correcto, tener un contenido moral y ajustarse a la letra constitucional.

Cuanto más amplia, general y abstracta, más apta parece para regular situaciones futuras sin comprometer un interés por la solución. Esto cambia cuando el campo de la norma se particulariza y busca, por una u otra razón, referirse a determinadas situaciones.

Sin embargo, el verdadero problema parecería plantearse a la hora de aplicar esas normas y de determinar si son justas. El campo de la interpretación podrá entonces especializar aun más dicha norma adaptándola a una situación concreta, o impugnarla determinando por ejemplo que no es constitucional<sup>1</sup>.

El segundo punto se conecta con esta última situación: No se puede decidir desde impresiones subjetivas, deseos ni necesidades porque ello implicaría avanzar contra el postulado que establece que las normas son generales, y sesgaría las decisiones al vulnerar el consenso necesario para llegar a ellas.

Tampoco se pueden poner las impresiones subjetivas ni los deseos, al margen de una decisión. Lo que se puede, o más bien, lo que se debe, es postular la aceptabilidad de los argumentos que la sustentan.

Las preguntas serían: ¿son estos argumentos aceptables y dignos de respaldo por parte del cuerpo social? ¿Son el producto de la deliberación y el diálogo? ¿Son el resultado de normas legítimas? ¿La presente situación justifica

---

<sup>1</sup> Puede suceder, y de hecho sucede, que reglamentos o disposiciones menores se apliquen por encima de la Constitución y las convenciones internacionales, con lo cual se opera la ruptura del derecho como sistema y se antepone a ella la conveniencia de aplicar una regla aunque no sea justa ni congruente: "Hasta la más simple legislación debe ser entendida como concreción del sistema de derechos conformado como Constitución"...lo que ese sistema de derechos demanda no es la mera existencia de un Poder político y un Estado, sino del estado de Derecho y de una política sometida a las leyes emanadas de la soberanía popular. 'No es la forma jurídica como tal lo que legitima el ejercicio de la dominación política, sino únicamente la vinculación al derecho *legítimamente establecido*' (García Amado, Juan Antonio "La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann" Capítulo I, "La Filosofía del Derecho de Jürgen Habermas" pág. 41, Universidad del Externado de Colombia, 1997. Para ser legítimamente tales, las decisiones deben articular activamente con el sistema de derecho, como primera medida en su pertinencia constitucional, de otro modo resultan meramente coyunturales, es decir, que lo primero que debemos exigir de cualquier decisión, es la prueba de si se somete a los postulados de un estado de derecho o si simplemente se disfraza de él.

realmente que sean utilizados?<sup>2</sup> Si no lo son, las decisiones que producen no pueden ser justas. El cometido de quien pronuncia un discurso es entonces no encontrarse interesado en una determinada resolución del caso, sino en seguir las reglas de un modo de argumentar racional y honesto.

¿Cuáles serían los postulados de este modo de argumentar?: que el discurso jurídico deba ser construido mediante piezas examinadas, conocidas y congruentes entre sí y con respecto a una idea deseable de corrección.

Esto lleva implícito que existen dos lógicas: una que es auto-referente y otra que sigue las reglas del lenguaje universal.

La lógica auto-referencial buscará no desarrollar un discurso con pretensión de objetividad, sino llevar a cabo un propósito. No busca salir de sí sino adaptar las cosas a ella. Ello es posible a costa de convertir el discurso jurídico en un discurso del poder y cerrarlo a la deliberación.

La lógica del lenguaje universal, por el contrario, lleva a los hechos las reglas del entendimiento.

Según lo postula Habermas <sup>3</sup>, la sociedad es posible porque el individuo debe salir de sí y adquirir una perspectiva social a partir del lenguaje. La actividad humana sigue, por decirlo así, las reglas de ese lenguaje que busca el entendimiento. Decidir es buscar el entendimiento, la pertinencia y la corrección entre disposiciones, argumentos y situaciones. Esto es, no se trata de imponer razones propias a los otros, ni de vulnerar las suyas, sino de aceptar reglas comunes conforme las cuales las razones expuestas por alguien puedan considerarse adecuadas y de este modo, adquirir validez. El consenso otorga validez al exponer las argumentaciones como aceptables o no.

De este modo, validez y legitimidad son resultado de la corrección de las normas y el hecho de que las decisiones producidas se ajusten a este pacto de entendimiento humano.

No hay lenguaje que pueda ser tal sin esta dimensión de validez: si las cosas que se dicen no fueran ciertas, o no pudieran probarse, este entendimiento no sólo sería inefectivo sino que resultaría falso<sup>4</sup>. En lugar de un *pacto de entendimiento* –mediante el cual todos debemos ser sinceros en nuestras afirmaciones y probar lo que decimos–, se establecería una ficción.

---

<sup>2</sup> “La teoría normativa de la argumentación sería aquella que trata de elaborar ‘standards del argumentar racional’, tanto en lo relativo a la corrección formal como en lo relativo a la corrección material o racionalidad de sus premisas. El prototipo de tales teorías lo constituyen las llamadas teorías procedimentales de la argumentación jurídica... Conforme a estas teorías, el mejor respaldo que una decisión jurídica puede obtener es su aceptación por los interesados y por el grupo social. Pero, puesto que el consenso real puede ser fruto de manipulación o coacción, la única manera de que tal reconocimiento pueda tener lugar de modo racional es arbitrando un procedimiento argumentativo en el que las partes expresen con libertad sus argumentos y contrargumentos” (García Amado, Juan Antonio: “La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann”, Cap. II: “Justicia, democracia y validez del Derecho en Jürgen Habermas” Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 74.

<sup>3</sup> Obra citada, página 77.

<sup>4</sup> Hagamos este ejercicio: pensemos en cuántas veces ciertas normas nos parecen interesadas y coyunturales, y cuántas veces los argumentos que sustentan decisiones, resultan poco creíbles: las situaciones así presentadas no pueden ser ofrecidas al cuerpo social esperando su aceptación.

Si los enunciados no obedecen a esa base, sólo se sostienen por el discurso del poder y no por el de la verdad y lo que se establece es ficcional y no real.

La racionalidad del lenguaje –sigue diciendo Habermas– hace que si surgen mejores razones para explicar una situación, sea necesario un nuevo consenso en torno a esas mejores razones. El consenso ideal no existe: nunca todos estaremos de acuerdo sobre todo, sin embargo, sí existe un consenso aceptable, del cual podamos postular que los resultados son los mejores que hemos podido obtener en busca de ese consenso porque el consenso obtenido obedece a procedimientos abiertos y correctos.

El lenguaje hace que la realidad se haga entendible, en parte por el conocimiento del valor de las razones propias, como de las expectativas que puedan generarse en torno a ellas. En base a su experiencia, las partes pueden evaluar el peso de sus razones y generar expectativas o no.

Todo hablante detenta un saber acerca del lenguaje. Del mismo modo, cada parte detenta un saber acerca de las normas que regulan su caso, y el modo en que pueden operar sus razones. Este gesto se encuentra en la idea que las personas tienen acerca de la Justicia y sus instituciones. Si las instituciones operan en contra de estas razones, ello sería un indicador de que están siendo vulneradas las reglas del consenso y la transparencia del lenguaje a favor de un uso espurio del lenguaje, presentando al discurso del poder como fruto del consenso.

Esta idea tácita de lo que es el consenso, implica ciertos presupuestos: quien tiene razón, nada debe temer, las normas justas a la larga prevalecerán sobre las que no lo son, las normas justas son preferibles, la verdad a la larga triunfa y siempre habrá una instancia que habrá de entender las razones que se invocan y los hechos en sus términos de verdad.

Quien toma una decisión se ve imaginariamente interpelado por un ciudadano que lo insta a que explique sus razones de modo simple y en voz alta. Quien no pueda dar cuenta de ellas ni justificarlas, o quien apele a una lógica sectorial y comprometida, estará vulnerando el consenso. También lo hará quien anteponga la solución final a sus razones.

Si un tribunal dispone la lapidación de una mujer adúltera y ello no es una práctica socialmente rechazada, podemos decir que puede haber general aceptación acerca de su procedencia. Lo que no hay es una instancia capaz de valorar adecuada e igualitariamente los intereses de todos los afectados, atender y entender sus razones, y considerar la inequidad de tal práctica, por lo cual en situaciones así, no puede hablarse de consenso, ya que este se vincula con aquello que es deseable, mejor y más justo. Es decir, que sin moral no es posible el consenso.

Del mismo modo, las decisiones no encuentran su validez en el hecho de su aceptación por quien las adopta o por el grueso de aquellos a quienes incumbe, mientras no se verifique la legitimidad de las normas y la libre argumentación de lo que postulan las partes.

### **Aceptabilidad General.**

De la unión de los elementos que acabamos de ver –legitimidad de las normas y aceptabilidad general de los postulados– surge que para ser justas, las decisiones deben provenir de un sistema capaz de institucionalizar este modo racional de deliberar.

Las normas que le sirven de marco, deben ser anteriores a la materia a decidir, pronunciadas por un órgano competente por medio de procedimientos regulares y producir con imparcialidad una regla.

De ahí se deriva una cuestión: ¿es el ordenamiento positivo, por el solo hecho de serlo, algo válido si es que sus normas no se ajustan a una condición moral de validez?<sup>5</sup>

Así, la pregunta ante una decisión legal será: ¿Son sus postulados aceptables? ¿Producen estos postulados adhesión o por el contrario rechazo? ¿Son las normas invocadas limpias e inocentes o por el contrario se trata de reglas interesadas pronunciadas por órganos cuyos procedimientos de racionalidad discursiva son cuestionables?

El correcto ejercicio del derecho parece residir no en la simple aceptación positiva, sino en las condiciones de aceptabilidad de las decisiones.

El hecho de existir, no las hace legítimas. Las decisiones parecen poder independizarse muchas veces, del problema de su fundamento en términos de validez legal y moral. Este problema se presenta como ya resuelto, pues se supone que las normas son correctas y los operadores las han pronunciado también correctamente. De este modo, el problema deja de ser visible pero no deja de existir. Las decisiones causan efectos pero pueden no tener vigencia en términos de corrección.

Es necesario, muchas veces, quebrar estas cadenas de suposiciones, e interrogar a lo decidido acerca de las condiciones en que se lo decide.

No hay quizás un modo correcto y automático. No hay un modo de decidir igual para todo y para todos. Quizás sea más correcto hablar de direcciones y programas.

Podemos pensar con Habermas, que los puntos de los que debe partir la aceptabilidad –que no es otra cosa que la garantía de interés general– son los derechos humanos y la soberanía popular.

Un paso más lejos, nos llevará a postular que las decisiones que no puedan reducirse, en último término, a estos dos puntos de partida, no responderá a los presupuestos procedimentales de un estado de derecho. Este estado significa que cada norma es producto de la deliberación y que se aplica por medio de

---

<sup>5</sup> “Se podría decir que lo que ocurre es que se establece un eslabón más en la cadena de fundamentación de las pretensiones de validez jurídica: un acto que se pretende jurídicamente válido es discutido en relación con una norma que lo rige: Pero, cuando esa norma se cuestiona en su validez, el paso siguiente no consiste en tratar de mostrar su justicia, su validez racional (como en el caso de las normas morales), sino su legalidad, su validez positiva: se comprueba si esa norma es parte válida del ordenamiento legal. Por ello, el cuestionamiento de racionalidad o justicia sólo aparece cuando, en un paso más, se discute ese mismo ordenamiento. En tal caso, el discurso práctico versará sobre (...sus...) caracteres estructurales y su compatibilidad con los procedimientos de racionalidad discursiva” (García Amado, obra citada, pág. 87).

normas también deliberativas por parte de órganos plurales encargados de llevar a la práctica la finalidad institucional de hacer efectivo correctamente el derecho.

Así como racionalidad y deliberación construyen esta arquitectura normativa, deliberativa, también dan lugar a la intervención de las partes tanto para gestar el derecho que ha de aplicarse sobre ellas, como para hacerlo efectivo.

En la práctica esto no parece ser así.

La lógica de las instituciones se independiza y adapta las reglas a sus intereses. La única herramienta posible para oponer a esta lógica independiente subsiste en la intervención de las partes en el proceso de hacer efectivo el derecho.

En este campo parece operarse un proceso doble: mientras más se acumula el poder en el estado, más se multiplican las posibilidades de control, existe una mayor conciencia por parte de ciudadanos y consumidores acerca de sus derechos, y hay más actores. No obstante, las posibilidades reales de revertir desde allí la acumulación de poder que sesga las decisiones, es remota.

En este escenario, la conciencia sobre la racionalidad de dichas decisiones es esencial.

La obediencia se justifica en la racionalidad de aquello que debe ser obedecido, pero si lo que debe ser obedecido no es racional –y en consecuencia no respeta los intereses del consenso- resulta contradictorio el hecho de tener que obedecerlo, ya que se exige obediencia de algo que va contra las bases de legitimidad del acto de obedecer.

Una decisión ha de ser obedecida desde dos lugares: la pura autoridad de quien la pronuncia, y su validez –lo que implica su racionalidad, su equidad y su justicia-, si ambos puntos no coinciden entonces –desde algún lugar- las decisiones se deslegitiman, parcializan, abren un espacio para ser cuestionadas fundadamente y al hacerlo, pierde validez el órgano que las pronunció.

Hay que tener presente este problema de la pérdida de validez y legitimidad<sup>6</sup>: optar por soluciones que no son justas importa subestimar, tratar inadecuadamente, no resolver, una situación injusta. Al hacerlo, el problema de la pérdida de validez se transfiere hacia futuras instancias, en la ficción de que las decisiones son válidas. No obstante, si las decisiones no son justas, tampoco son válidas ni legítimas y el proceso de asumir y declarar los justos términos de una

---

<sup>6</sup> “Son legítimas (...las normas...) cuando sus destinatarios ‘pueden al mismo tiempo sentirse, en su conjunto, como autores racionales de esas normas’, es decir, cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa; o dicho de otro modo, cuando se sigue el procedimiento democrático sin distorsiones. En suma, ‘la validez jurídica de una norma ...significa ahora que *ambas cosas* se garantizan al mismo tiempo: tanto la legalidad de la conducta, en el sentido de un seguimiento generalizado de la norma, el cual, en caso necesario puede ser reforzado mediante sanciones, como la legitimidad de la regla misma, que hace posible un seguimiento de la norma basado en cada caso en una consideración positiva ante la ley’ “ (García Amado, Juan Antonio, obra citada, Cap. 1 “*La filosofía del derecho de Jürgen Habermas*”, pág. 19)

nueva decisión, importan postergar la efectivización de una situación que sí resulte válida y legítima.

Si las decisiones carecen de validez, aunque exista un poder capaz de imponerlas, existirán también mecanismos capaces de cuestionarlas y modificarlas por parte de actores que aunque tengan menos poder, sí tienen legitimidad, con lo cual, las reglas dadas por el derecho pueden modificarse desde el propio derecho siempre que éste se encuentre fundado en la razón<sup>7</sup>.

Es lo que Habermas llama la relación paradójica del derecho: Si la aplicación del derecho pierde los cauces de racionalidad, validez, consenso y respeto por los derechos humanos, puede generarse más derecho destinado a recuperar dicho cauce.

Existe algo que parece bastante insalvable en el derecho: que este opera por la amenaza de sanción más que por la corrección moral de las reglas que pronuncia.

Si la amenaza de sanción se hace difusa, los controles se relajan, los órganos se permiten mayor discrecionalidad y el problema de la validez y legitimidad sigue postergándose hacia otras instancias.

Somos herederos de un derecho disciplinario donde la jerarquía, más que de las normas, es el motor de los órganos judiciales.

Podemos postular entonces que una decisión es el producto de un sistema de congruencias y correspondencias dado en un ámbito de participación plural donde esas condiciones puedan verificarse.

Si no responde a estándares claros de argumentación, se encontrará sesgada y los principios del derecho y la solución correcta del caso, deberán aguardar a que otras decisiones lo hagan efectivos.

### **Espacios.**

En su libro “Estructuras Judiciales”<sup>8</sup>, el Dr. Zaffaroni se refiere a la interpretación de la ley:

---

<sup>7</sup> Habermas destaca cinco grupos de derechos que todo ordenamiento presupone y protege: 1. Derechos fundamentales que resultan de la conformación, políticamente autónoma, del derecho a la mayor medida posible de iguales libertades subjetivas de acción; 2. Derechos fundamentales que resultan de la conformación, políticamente autónoma, del status de miembro de una asociación voluntaria de sujetos jurídicos; 3. Derechos fundamentales que resultan de modo inmediato de la *reclamabilidad* de derechos y de la conformación, políticamente autónoma, de la *protección jurídica* individual; 4. Derechos fundamentales referentes a una participación, en condiciones de igualdad de oportunidades, en los procesos de formación de opiniones y voluntades en los que los ciudadanos ejercen su *autonomía política* y mediante los cuales sientan derecho legítimo; 5. Derechos fundamentales a unas condiciones de vida, que estén social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida necesaria para un aprovechamiento, en condiciones de igualdad de oportunidades, de los derechos humanos mencionados. El tercer grupo implica el acceso a la jurisdicción, a tribunales independientes y efectivos: sin ellos no hay aplicación del principio discursivo. No puede haber discurso cuando se cierra el diálogo.

<sup>8</sup> Editorial. Ediar, 1994.

“A menos que el juez padezca una completa ignorancia jurídica, no puede dejar de interpretar la ley a la hora de aplicar el derecho, aunque para ello se pliegue a interpretaciones previas o a alguna de las que se le proponen. Esta labor, que generalmente viene preparada por la doctrina, no puede llevarse a cabo mediante la consideración de un texto aislado sino tomando cada texto como inmerso en una red sistemática de normas jurídicas de diversa jerarquía, en las que las de nivel inferior no puedan violar las de nivel superior. Este es un proceso de análisis prácticamente inevitable para cualquier juez, en el curso del cual acota, limita o extiende el sentido de las palabras de la ley...Expresiones tales como ‘donde la ley no distingue no debemos distinguir’, ‘lex dura lex’, etc., no hacen más que revelar ignorancia jurídica o, lo que es peor, desprecio por el saber jurídico...El puro análisis de la letra de la ley, es decir, la exégesis, se recuerda hoy como método jurídico, por su valor histórico o como primer paso para la dogmática jurídica, pero nadie lo postula en el mundo moderno como método que agote el saber jurídico ” (pág.61)

De ello se desprende que la interpretativa, es una actividad destinada a obtener una norma justa, conglobada y aplicable al caso, lo cual implica un control difuso de constitucionalidad.

Sin embargo, si tomamos un modelo técnico burocrático, esta función desaparece porque el ámbito de las decisiones se encuentra necesariamente restringido por cuestiones de verticalidad, por criterios ya consagrados y por una falta de percepción de lo nuevo.

Lo que Zaffaroni postula es que existen dos funciones en el judicial: decisión de conflictos y control de constitucionalidad. Estas funciones no se escinden: si se decide sobre conflictos sin control de constitucionalidad, no podemos afirmar que se decida sobre conflictos, sino que se impongan determinadas políticas sobre ellos, ya que las alternativas de decisión no son libres, no buscan agotar el saber jurídico ni la mejor alternativa, sino simplemente aquella más fácil de tomar.

El apego a un modelo técnico burocrático es sin embargo una práctica útil y frecuente porque permite subsumir una multiplicidad de conflictos, a soluciones estandarizadas, en el escenario de saturación y emergencia que viven habitualmente los sistemas judiciales.

Los sistemas judiciales imponen modelos de obediencia que sesgan las decisiones imponiendo modos de conformidad más que de debate y consenso.

Nuestra ideología judicial viene en parte del sistema francés, donde inicialmente la casación había sido un recurso al soberano para que entendiera cuando las leyes regias habían sido mal aplicadas. En la Revolución pasó a ser un resorte legislativo por el cual el parlamento ejercía un control sobre los jueces, reenviando la causa a otro juez de grado. Si éstos insistían en el mismo criterio, intervenía de nuevo el parlamento que sometía las actuaciones al tribunal de casación. El bonapartismo burocratizó la función casatoria haciendo que las

sentencias del tribunal de casación fuesen obligatorias para los jueces “inferiores”.

El modelo norteamericano postulaba un judicial verticalizado con una cúpula reducida encargada del control de un control de constitucionalidad ya reconocido a los jueces de todas las instancias.

Este modelo sufrió un colapso en los años 20/30, época en la cual la mayoría conservadora de la Corte, declaró la inconstitucionalidad de gran parte de las leyes del New Deal, que buscaban una nueva política social, con lo cual el arco se ubica en la pugna entre el control judicial y el poder político, escenario en el cual la “interpretación” judicial, carece de consenso y defiende los intereses no del libre mercado sino de otros actores.

La ideología judicial, que limita la justicia de las decisiones, parece nutrirse de lo peor de todos estos rasgos: o bien es un judicial verticalizado que acude a fórmulas hechas a la hora de adoptar sus decisiones, o bien, en aras del self restraint -la autolimitación-, una Corte puede dejar de resolver cuestiones que no le interesa resolver o forzar su competencia y entender en lo que sí le interesa resolver<sup>9</sup> en la aplicación de un corpus de criterios completamente generales y adaptables a distintas circunstancias.

Es en este punto donde se opera la ruptura del consenso, aplicándose clichés fácilmente utilizables por los jueces, y que no tienen una clara correspondencia con el espíritu de las normas que vienen a limitar.

Ello pone el acento, más que nada en la independencia judicial como única actitud posible para producir decisiones justas.

Vemos que las funciones del judicial son: el control de constitucionalidad y la decisión de conflictos. Para que estas funciones sean tales, el judicial debe desempeñarse como un poder y no simplemente como una administración. Ello sólo resulta posible por el grado de imparcialidad e independencia de los jueces, ya que si las decisiones no son tomadas por un tercero situado más allá del conflicto, éstas no serán independientes sino funcionales a una de las partes del conflicto:

“El juez es una persona, dotada por ende con conciencia moral y, en consecuencia, no puede imponérsele la independencia ética o moral, que es algo completamente individual y de su conciencia. El derecho sólo puede *posibilitar* esta independencia moral. La posibilidad o espacio a

---

<sup>9</sup> “Nuestra Corte Suprema, por ejemplo, puede basarse en la amplísima fórmula del artículo 100 entendida literal y extensivamente, para ampliar sin límites su competencia, pero también puede extraer miles de fórmulas de su contradictorio reservorio jurisprudencial, para desentenderse de lo que no le interesa resolver, apelando a la *self restraint*: ‘la inconstitucionalidad debe ser alegada y probada; no puede ser declarada de oficio; no existen órdenes declaratorias de inconstitucionalidad en lo federal; la declaración de inconstitucionalidad sólo afecta al punto concreto que ha sido materia del fallo; la inconstitucionalidad de un precepto no invalida necesariamente toda la ley; quien consintió un acto no puede tacharlo de inconstitucional; la misión de los jueces no es fiscalizar el mérito, la eficacia o la conveniencia de las leyes y decretos; tampoco le incumbe juzgar la falta de política de las normas discutidas, ni descalificar los medios elegidos con el argumento de que hay otros mejores; las cuestiones políticas no son judiciales’, y muchas más” (Zaffaroni, Eugenio Raúl, obra citada, pág. 86)

que nos referimos es la independencia *jurídica* del juez, que es la única de que podemos ocuparnos”( Zaffaroni, obra citada, pág. 103)

Los vicios de la función judicial suelen confundir lo privado con lo público y así, la combinación entre los criterios verticales y cuestiones coyunturales, hacen que en determinados conflictos se lleven a cabo actos jurisdiccionales por motivaciones irracionales.

Si las decisiones son genuinas –porque consideran todos los elementos, pretenden resolver un conflicto y son libres- entonces en algún punto pueden colisionar con un interés. Si por el contrario ellas buscan resolver un conflicto sin eventualmente chocar con ningún interés, lo que estarán es defendiendo un interés, y no resolviendo un conflicto.

### **Decisiones que no se escriben.**

No sería justo ni preciso pensar que quienes deciden son quienes fallan, redactan o influyen.

Hay decisiones legales, pero también hay decisiones prácticas. Son las que imponen que diligencias se harán, cómo se harán; las que deciden apurar o postergar, incidir, influir, llamar, hacer algo o no hacer nada. Las que dejan un expediente en un casillero o lo sacan para despacharlo.

Ellas se refieren no a grandes argumentos sino a pequeñas cosas –en las cuales los grandes argumentos pueden naufragar como si fueran ellos las pequeñas cosas: el sistema judicial es esta paradoja de hacer grande lo pequeño y de hacer de lo pequeño, lo más grande. No tienen un gran vuelo pero, de algún modo, habilitan que el vuelo de otras, sea o no posible.

No saben de consensos, de legitimidad, de convenciones internacionales ni de teorías. Están generadas y destinadas a la pura práctica. Son un corpus de muletillas, reglas, usos y anécdotas. Nada, salvo la autoridad de quien las lleva a cabo, parece fundarlas. De algún modo, la pura práctica las exime de cualquier fundamento. Son las modalidades por las cuales todo se hace.

Sin embargo, son tan cruciales como aquellas que pueden ser escritas, leídas, recurridas y ejecutadas.

Son aquellas maneras de leer tanto los códigos, las leyes o la realidad. En su bajo vuelo, parecen ser sin embargo las más peligrosas: vienen de una ideología difusa, que no puede enunciarse claramente, se ignora que existen –ya que nadie se pregunta por qué las cosas se hacen como se hacen o son como son: sería como preguntarse por qué el cielo es celeste, y si existe conciencia de ellas, se asocia al hecho, cierto, de que nada pueda cambiarlas. Son difusas pero reales y en su realidad, hacen que las cosas sucedan o no sucedan. Ellas deciden no formar un incidente que el código indica formar, no reclamar una fotocopia certificada o un oficio, sortear o no sortear un perito, no tomar conciencia de lo que significa una dilación, o procurar que un acto procesal sea la venganza contra algo, una batalla contra alguien, una cruzada o un simple trámite librado a la lógica de todo trámite: avanzar no llevado por la urgencia que lo motiva ni por el interés que se supone debe preservar, sino por las leyes del movimiento,

que siempre responden a una índole de razones que sólo reconocen su justificación en sí mismas.

Portan una ideología: están desde antes y seguirían después porque han visto pasar a jueces, abogados y presos. Todo debe amoldarse a ellas: no importa qué tan urgente sea, no entrará hasta el próximo acuerdo; no importa que el artículo fije un término, porque si lo hace no es perentorio sino ordenatorio; hay que esperar el oficio; las fotocopias se pueden hacer sólo de tal hora a tal otra, etc. Otras veces, como se ha hecho de un modo y eso está mal, de ahora en más debe hacerse del modo inverso y así, sin gradaciones, se fija un nuevo rumbo o, también sin gradaciones, se persiste siempre en el mismo rumbo, ya que si alguien reclama algo, basta con ignorarlo o decirle que no. La justicia está en estado de colapso, entonces no cumple los términos, con lo cual el estado de colapso de traslada de la institución justicia, a aquel a quienes los términos están destinados en un círculo de fuego: una negación de derecho hace recurrir a la justicia, que responde con otra negación del derecho en el camino por el cual el derecho se supone que ha de ser cumplido.

Tampoco se enuncian claramente como decisiones sino como atributos de una autoridad que se supone más efectiva cuanto más se ejerce como autoridad, por lo cual se confunde ser efectivo con ser autoritario y se ignora que decidir es hacer de la razón, una simple pieza más de esa autoridad, es decir, subordinarla. El espacio de decisión pura siempre depende, o se supedita, o es limitado, por una serie de operaciones laterales y parásitas que hacen que de hecho, resolver, sea lo último, porque siempre es necesario algo más, siempre debe recabarse otra cosa que no está, detenerse en algún detalle, para luego decidir sobre el fondo.

Quizás podamos encontrar un signo de eso en la escasez de códigos que suele aquejar a los Juzgados: es que no se necesita de las leyes escritas, precisamente porque se subordinan a las reglas prácticas, y las reglas prácticas tienen una ideología que las produce y que es capaz de resistir a todo lo que se escriba.

*Fragmentos del libro “La Fábrica Penal, visión interdisciplinaria del sistema punitivo” de Eduardo Balestena, Editorial B d F, Buenos Aires – Montevideo, 2006. Fragmentos enviados exclusivamente por el autor a [iuspenalismo.com.ar](http://iuspenalismo.com.ar)*

Más artículos exclusivos de **Eduardo Balestena** en la Sección Doctrina Penal de [www.iuspenalismo.com.ar](http://www.iuspenalismo.com.ar)

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA  
IUSPENALISMO.COM.AR

[www.iuspenalismo.com.ar](http://www.iuspenalismo.com.ar)

*Director: Matías Bailone. 2007 República Argentina.*