
DISCUSIONES 25

— 2 - 2020 —

EL DEBER DE PAGAR IMPUESTOS



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Director

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

Secretaría de redacción

Daniela Domeniconi y Samanta Funes (Universidad Nacional de Córdoba)

Comité Científico

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

Consejo Editorial

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Sofía Pezzano (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

*Editores de sección**Discusiones: Cortes.*

Flavia Carbonell (Universidad de Chile)

Carolina Vergel (Universidad Externado de Colombia)

Discusiones: Libros.

Lorena Ramírez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Janaina Roland Matida (Universidad Alberto Hurtado, Chile)

Discusiones: Balance

Diego Dei Vecchi (Universidad de Girona, España)

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

DIRECCIÓN POSTAL

Avda. Colón 50, planta alta, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000HZZK, Argentina.

DIAGRAMACIÓN:

Fabián Luzi

DISCUSIONES 25

2 - 2020

EL DEBER DE PAGAR IMPUESTOS



ALEJANDRO BERROTARÁN
(Editor)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

- Introducción al debate sobre la racionalidad de los impuestos.
Introduction to the Debate about the Rationality of Taxes 7
ALEJANDRO BERROTARÁN (*Conicet, Argentina*)
- La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación. *The Rationality of Taxes. A Task of Reconciliation*..... 17
FRANCISCO SAFFIE (*Universidad Adolfo Ibáñez, Chile*)
- El papel de la solidaridad en el fundamento del Derecho Tributario: análisis de la solución de reconciliación propuesta por Francisco Saffie en la racionalidad de los impuestos y la idea de reciprocidad frente a la noción de ciudadanía fiscal. *The Role of Solidarity in the Foundation of Tax Law: An Analysis of the Reconciliation Solution Proposed by Francisco Saffie in the Rationality of Taxes and the Idea of Reciprocity Against the Notion of Fiscal Citizenship*..... 51
EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (*Fundação Getúlio Vargas, Brasil*)
- Comentario al texto de Francisco Saffie “La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación”. *On Francisco Saffie’s “The Rationality of Taxes. A Task of Reconciliation”*. 87
ELEONORA LOZANO RODRÍGUEZ (*Universidad de los Andes, Colombia*)
- Justicia e impuestos. Comentarios a “La racionalidad de los impuestos” de F. Saffie. *Justice and Taxes. Comments to “The Rationality of Taxes” by F. Saffie* 95
HERNÁN G. BOUVIER (*Conicet, Argentina*)

Réplica a las críticas. <i>Reply to Critics</i>	119
FRANCISCO SAFFIE (<i>Universidad Adolfo Ibáñez, Chile</i>)	

SECCIÓN II: DISCUSIONES: CORTES

Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. <i>Commentary on the Inter-American Court of Human Rights Judgment</i>	147
OSVALDO DE LA FUENTE C. (<i>Universidad de Chile, Chile</i>)	

Yrusta v. Argentina: la desaparición forzada por un periodo breve. <i>Yrusta v. Argentina: Short Term Enforced Disappearance</i>	177
MARÍA CLARA GALVIS PATIÑO (<i>Universidad Externado de Colombia, Colombia</i>)	

SECCIÓN III: DISCUSIONES: LIBROS

Sobre “La cadena de custodia de la prueba en el proceso penal”, de Geraldo Prado. <i>About “The chain of custody of evidence in criminal proceedings” by Geraldo Prado</i>	205
ANTONIO VIEIRA (<i>Universidade Católica do Salvador, Brasil</i>)	
SAULO MURILO DE OLIVEIRA MATTOS (<i>Universidade Federal da Bahia, Brasil</i>)	

SECCIÓN IV: DISCUSIONES: BALANCE

Ignorancia deliberada, ignorancia no imputable y principio de legalidad. <i>Willful Ignorance, Non-Imputable Ignorance and Principle of Legality</i>	261
MARÍA CLARA GABELLA (<i>Universidad Nacional del Sur, Argentina</i>)	
Instrucciones para las/os autoras/es.....	291

Sección I

DISCUSIÓN

Introducción al debate sobre la racionalidad de los impuestos

Introduction to the Debate about the Rationality of Taxes

Alejandro Berrotarán*

Recepción y evaluación de propuesta: 18/02/2018

Aceptación: 01/07/2018

Recepción y aceptación final: 13/11/2020

Resumen: En “La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación” Francisco Saffie aborda dos problemas centrales del derecho tributario contemporáneo: el déficit de justificación y la falta de cumplimiento de los deberes impositivos. A partir de un diagnóstico crítico de la situación actual, marcada por la concepción neoliberal, realiza una propuesta que se encamina a desmontar el andamiaje del paradigma clásico del derecho tributario para esbozar las bases de un paradigma alternativo superador. Eleonora Lozano Rodríguez, Eurico Marcos Diniz de Santi y Hernán Bouvier analizan la propuesta de Saffie y, a través de sus aportes y comentarios críticos, enriquecen la discusión sobre la temática. Finalmente, el autor principal da respuesta a cada uno de los cuestionamientos señalados y otorga un marco conceptual que clarifica su proyecto teórico.

Palabras claves: derecho tributario, legitimidad, elusión, evasión, solidaridad

Abstract: In “The Rationality of Taxes. A Task of Reconciliation” Francisco Saffie addresses two central problems of contemporary tax law: the justification deficit and the lack of compliance with tax duties. Based on a critical

* Abogado, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina. Becario Doctoral del CONICET. Correo electrónico: alejandroberrotaran@derecho.unc.edu.ar

diagnosis of the current situation, marked by the neoliberal conception, his proposal aims to dismantle the scaffolding of the classic paradigm of tax law in order to outline the basis of an alternative overcoming paradigm. Eleonora Lozano Rodríguez, Eurico Marcos Diniz de Santi and Hernán Bouvier analyze the proposal made by Saffie and, through their critical contributions and comments, enrich the discussion on the subject. Finally, the main author responds to the comments and provides a conceptual framework that clarifies his theoretical project.

Keywords: tax law, legitimacy, avoidance, evasion, solidarity

1. Consideraciones iniciales

El neoliberalismo ha destruido la posibilidad de que los arreglos institucionales de nuestras sociedades nos traten como iguales, afirma Francisco Saffie (2020). Es así, dice el profesor chileno, porque “promueve una distribución desigual del poder político y económico, que elimina los vínculos de solidaridad propios de la ciudadanía (Saffie, 2020)”. Francois Dubet a su vez señala que “la intensificación de las desigualdades procede de una crisis de las solidaridades, entendidas como el apego a los lazos sociales que nos llevan a desear la solidaridad de todos” (2015, p. 11). De esta manera, la falta de solidaridad y las desigualdades constituyen un tándem que se alimenta recíprocamente.

Diversas investigaciones empíricas, entre las que se destacan las últimas obras de Piketty (2014 y 2019), han evidenciado con claridad cómo desde hace décadas se está produciendo un fenómeno de escala mundial de concentración de riquezas en pocas manos. Ante esto, se han multiplicado las propuestas para, a través del derecho tributario, modificar los escandalosos niveles de desigualdad económica presentes¹.

Saffie considera que es preciso ir más allá y presenta un proyecto que busca reivindicar la solidaridad como valor sobre el cual edificar el dere-

¹ En *Capital e Ideología*, Piketty (2019) propone tributos altamente progresivos sobre la renta, las sucesiones y el patrimonio a la vez que una renta básica universal. Por su parte, Saffie (2012) defiende, entre otras medidas, un impuesto a la herencia para consolidar un sistema tributario más justo.

cho tributario actual. Cree que para solucionar las desigualdades producto del neoliberalismo es necesario cambiar la forma en la que entendemos el sistema impositivo. Así, propone concebir a los impuestos² no solo como instrumentos para recaudar y corregir variables económicas sino como una institución ligada a una práctica con un bien intrínseco.

Con estas ideas, el autor presenta en esta revista un diagnóstico sobre la situación actual marcada por lo que él denomina el paradigma clásico del derecho impositivo. Ante este panorama, propone una alternativa teórica para reconstruir y dar respuesta a los problemas que enfrentan nuestros sistemas tributarios.

Tres especialistas de diferentes nacionalidades latinoamericanas comentan el artículo de Saffie desde diversas perspectivas y realizando distintos aportes. En primer lugar, Eleonora Lozano Rodríguez de Colombia presenta sus dudas sobre algunas ideas vinculadas a la falta de cumplimiento de los deberes tributarios. Por su lado, Eurico Marcos Diniz de Santi de Brasil hace eje en tres conceptos que considera primordiales para solucionar los problemas diagnosticados: la transparencia, la simplicidad y la ciudadanía fiscal. Por último, Hernán Bouvier de Argentina cuestiona diferentes ideas defendidas por el autor principal: desde su caracterización del paradigma clásico hasta los puntos centrales de su propuesta teórica.

En esta introducción reconstruiré los ejes de “La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación” de Saffie, presentaré algunas de las críticas que se le han realizado y concluiré con una reflexión sobre ciertos aportes que nos deja la discusión planteada.

2. La legitimidad de los tributos

En el artículo principal de este número de *Discusiones*, Francisco Saffie propone un abordaje de dos problemas que identifica como centrales en el derecho tributario: el de la legitimidad y el del cumplimiento de los deberes impositivos.

² Para los fines de este artículo, y de la discusión en general que se presenta en este número, los términos “impuestos” y “tributos” serán tomados como sinónimos.

Con respecto a la legitimidad, Saffie nos dice que el neoliberalismo ha menoscabado la función redistributiva de los impuestos y erosionado sus bases justificativas. La sensación de que los impuestos no cumplen su función redistributiva se debe, en parte, a la pérdida del sentido económico de los tributos ocasionada por el debilitamiento de los impuestos directos, el sustento del gasto público en impuestos indirectos y la disminución de las prestaciones estatales.

Saffie establece además que el déficit de legitimidad se debe a que se ha perdido el sentido político de los sistemas tributarios. El discurso neoliberal ha ocasionado una visión competitiva de las personas como unidades de capital humano. Así, se las concibe como “individuos aislados, luchando por sobrevivir, donde los intereses no pueden sino ser egoístas (Saffie, 2020)”. Este fenómeno provoca una destrucción de la solidaridad como bien público que sustenta a los sistemas impositivos más progresivos.

Las políticas neoliberales criticadas se asientan en un paradigma clásico del derecho tributario caracterizado por tres elementos: una justificación instrumental de los impuestos, una visión de las personas como seres racionales y egoístas, y una concepción de la propiedad privada como derecho natural. La crisis actual de legitimidad de los gravámenes impositivos evidencia las limitaciones de los presupuestos de este paradigma.

En su artículo, Bouvier cuestiona la falta de claridad conceptual cuando Saffie establece que el paradigma clásico “no da cuenta” de la racionalidad subyacente de los impuestos. Así, se pregunta: ¿El paradigma clásico no explica empíricamente la racionalidad de los impuestos? ¿O el déficit explicativo es teórico? ¿O acaso lo denunciado es que esta visión no se encuentra normativamente justificada?

En su réplica, Saffie indica cómo el paradigma clásico es incapaz de explicar teóricamente la elusión impositiva y brinda una detallada respuesta para mostrar los déficits normativos de esta forma de ver a los tributos.

3. El cumplimiento de los deberes tributario

El segundo problema diagnosticado por Saffie es la falta de cumplimiento de los deberes tributarios a través de maniobras de elusión y evasión. Por

un lado, la evasión³ se explica a partir de la pérdida de legitimidad ocasionada por el debilitamiento de los sentidos políticos y económicos de los sistemas impositivos. Por otro lado, la elusión⁴ se vincula con la teoría general del derecho tributario originada a partir del paradigma clásico. Esta teoría define al deber tributario como una relación jurídica en donde la obligación de pagar depende de la realización del hecho imponible. En tanto no se verifiquen los factores y las condiciones operativas que definen a este hecho, se permite un amplio espacio para acciones exentas del deber de contribuir. Esta estructura legal rígida establece un límite a una interpretación sustantiva o finalista de las normas que haría que conductas elusivas, que no configuran el hecho imponible, se vean obligadas a tributar.

Lozano se muestra escéptica ante esta descripción. En base a investigaciones propias, la autora señala que existen diversas motivaciones que llevan a quien contribuye a incumplir sus obligaciones tributarias. En este sentido, si la base motivacional para el comportamiento elusivo o evasivo es múltiple, entonces una propuesta teórica como la de Saffie, focalizada en la solidaridad, no es suficiente para solucionar el problema de falta de cumplimiento de las normas tributarias.

Por su parte, Santi disiente con las prioridades establecidas por Saffie y considera que existen ciertos desafíos que preceden al abordaje realizado. Así, a partir de la situación tributaria de Brasil, establece una propuesta que gira en torno a tres ideas centrales: la transparencia, la simplicidad y la ciudadanía fiscal.

Con respecto a la transparencia, Santi señala que uno de los ejes centrales del problema de la falta de legitimidad y cumplimiento de los deberes tributarios es que quienes contribuyen impositivamente no saben cómo, cuándo, cuánto y por qué contribuyen. A su vez, considera que es necesario simplificar la legislación. El caso brasileño presentado por el autor es un ejemplo paradigmático de la complejidad tributaria denunciada, pero ade-

³ Entendida como el empleo de medios abiertamente ilegales para evitar o reducir el pago de tributos.

⁴ “(S)egún la definición canónica, la elusión tributaria supone que, incluso allí donde existen reglas que determinan deberes legales, los individuos actuarían legalmente si evitan esos deberes cuando su comportamiento no está descrito de manera literal en la norma que establece el impuesto (Saffie, 2016, p. 440)”.

más parece caracterizar una situación generalizada. En este sentido, Dubet, haciendo referencia a Francia, afirma que “el sistema sobre el cual se basa la solidaridad se ha vuelto tan complejo que, finalmente, sus fundamentos simbólicos resultan metódicamente destruidos” (2015, p. 91).

Finalmente, con ideas cercanas a la propuesta republicana de una ciudadanía activa como “eterna vigilante” de las actividades públicas (Pettit, 1997), Santi propone el desarrollo de una ciudadanía fiscal que permita que, una vez superadas la oscuridad y complejidad del sistema impositivo, tenga la posibilidad de controlar y participar en la construcción de las políticas tributarias.

Saffie responde a Lozano que la tarea que él se propone no es tanto de ética tributaria sino de justificación moral de los tributos. Con respecto a lo comentado por Santi, el autor principal dice que sus preocupaciones difieren. Mientras que para el especialista brasilero la preocupación es cómo lograr una comprensión y acatamiento a los deberes impositivos, para él el desafío es ofrecer un marco filosófico alternativo para justificar los tributos. Para avanzar en estas respuestas, veamos algunos de los ejes de su propuesta.

4. Propuesta teórica alternativa

A partir de un marco teórico hegeliano, Saffie entiende que se deben abandonar los intentos de justificación de la tributación a partir de una lógica instrumental. Por el contrario, propone abordar cuál es el bien interno propio de esta práctica que la justifica.

Según las ideas del autor, “las reglas que dan forma (a las) instituciones tienen un contenido ético que las excede” (Saffie, 2016, p. 418). De esta manera, propone reinterpretar las instituciones desde una concepción relacional en donde éstas tienen una justificación intrínseca. En este sentido aclara, “(d)e no tener en cuenta este contenido ético las instituciones pueden dar lugar a comportamientos que solo en apariencia quedan fuera del contenido de las normas y niegan sus propósitos” (Saffie, 2016, p. 425), como lo son las maniobras elusorias.

El bien que el autor identifica como intrínseco en la práctica de los impuestos es el reconocimiento recíproco y el desarrollo de virtudes ligadas a la

dependencia mutua. Estos valores, que justifican al sistema tributario, responden a las demandas de fraternidad que supone la igualdad que nos debemos.

Finalmente, Saffie, se aleja de la premisa del paradigma clásico que indica que existe una propiedad privada natural o anterior a la existencia de los tributos. A partir de Murphy y Nagel, considera que la propiedad se justifica por el valor que representa para las personas, depende de la concepción de justicia adoptada y es conceptualmente inseparable de los impuestos. Según esta caracterización, y siguiendo nuevamente a Hegel, sostiene que la propiedad privada posibilita un espacio para la libertad al permitir la expresión de la voluntad personal. El límite para el reconocimiento de la expresión de la subjetividad individual se encuentra en el espacio para el desarrollo de la subjetividad de las demás personas. En este sentido, propiedad privada y sistema tributario serán los mecanismos para asegurar la libertad de todas las personas y la posibilidad para su desarrollo como agentes libres.

Bouvier presenta dos críticas a la propuesta teórica planteada. Por un lado, cuestiona la forma en la que se pretende solucionar el problema de la elusión a través de una interpretación finalista de las normas tributarias. Ya que si la propuesta de Saffie busca que acciones consideradas elusivas en el sistema de reglas caigan bajo el rótulo de evasivas con un diseño encaminado a una interpretación sustantiva, esto implicaría una forma de desprecio ante quien contribuye. Esto en la medida en que la conducta de quien obra de manera preventiva y se adapta a lo que el texto legal establece, podría ser considerada evasiva bajo una interpretación sustantiva de la norma.

Por otro lado, Bouvier muestra algunas dificultades del aparato conceptual incorporado por Saffie a partir de las tesis de MacIntyre y Honneth. Así, cuestiona la caracterización de la noción de práctica en contraste con la de institución y se muestra escéptico ante el potencial de la idea de bien interno como instrumento argumentativo para criticar al paradigma clásico y sustentar una visión alternativa del sistema tributario. A su vez, dice que, aun suponiendo la necesidad del reconocimiento recíproco para el desarrollo autónomo, no se explicita en dónde se fundamenta la expectativa normativa para que la esfera respectiva a los tributos forme parte de la práctica de reconocimiento.

5. Reflexiones finales

En su texto final, Saffie elabora una réplica sofisticada y detallada en la que responde a los múltiples cuestionamientos que se le realizan. En esta tarea argumentativa en la que se embarca el autor, dota de robustez teórica y claridad conceptual a los múltiples puntos abordados en su artículo central. Así, sus respuestas enriquecen de manera significativa sus ideas originarias y otorgan un panorama teórico general capaz de consolidar la alternativa teórica propuesta.

¿Son sus respuestas capaces de enfrentar los cuestionamientos presentados por quienes participan de esta discusión? ¿Ofrece una solución plausible a los problemas de falta de legitimidad y de cumplimiento de los deberes impositivos en un contexto neoliberal? ¿Propone un aparato conceptual que permita sustentar una visión alternativa al paradigma clásico del derecho tributario? Quien lea la discusión presentada será quien responda estas preguntas.

Sin perjuicio de lo anterior, la discusión planteada ha logrado importantes resultados. En primer lugar, ha sido capaz de conectar las perspectivas teóricas de cuatro especialistas de Latinoamérica fortaleciendo los diálogos académicos en esta región del mundo. A su vez, los desafíos presentados por quienes discutieron el texto original han consolidado una propuesta alternativa sobre la forma de explicar y justificar el derecho tributario que, sin dudas, contribuirá al desarrollo académico sobre la temática. Por último, el abordaje realizado permite enriquecer el debate público y avanzar hacia arreglos institucionales más justos en un tema de indudable actualidad y relevancia en nuestras sociedades.

Bibliografía

- Dubet, F. (2015). *¿Por qué preferimos la desigualdad? (aunque digamos lo contrario)*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Pettit, P. (1997). *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.

- Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI*. México D.F.: Fondo de cultura económica.
- Piketty, T. (2019). *Capital e ideología*. Ciudad de Buenos Aires: Paidós.
- Saffie, F. (2012). El impuesto a las herencias como una institución de justicia. *Estudios Públicos*, 126, pp. 123-161.
- Saffie, F. (2016). Una crítica a las concepciones dualista y monista de la justicia distributiva igualitaria. En Gallego J. (coord.) *Igualitarismo: una discusión necesaria*, (pp. 415 a 446). Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos.
- Saffie, F. (2020). Los impuestos no son armas: repensando los vínculos sociales tras el 18/O. Santiago de Chile: Centro de Investigaciones en Periodismo. Recuperado de: <https://www.ciperchile.cl/2019/10/26/los-impuestos-no-son-armas-repensando-los-vinculos-sociales-tras-el-18-o/>

La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación

*The Rationality of Taxes. A Task of
Reconciliation*

Francisco Saffie*

Recepción: 21/12/2018

Evaluación: 29/03/19

Aceptación final: 08/04/19

Resumen: Este artículo parte de un diagnóstico sobre los problemas centrales del derecho tributario contemporáneo en un contexto neoliberal: la falta de justificación y la falta de cumplimiento de los deberes impositivos. Estos problemas se explican por un paradigma clásico basado en una visión egoísta y racional de individuo, una fundamentación instrumental de los impuestos y una concepción de la propiedad privada como un derecho natural. Ante este panorama, se realiza una reconstrucción alternativa de la racionalidad de los tributos a partir de las ideas de filosofía del derecho de Hegel. De esta manera, se presenta una propuesta que busca establecer una justificación no instrumental de los impuestos y superar la oposición entre tributos y propiedad privada.

Palabras claves: derecho tributario, legitimidad, elusión, Hegel, propiedad privada

Abstract: This article begins with a diagnosis of the central problems of contemporary tax law in a neoliberal context: the lack of justification and

* PhD in Law, University of Edinburgh, Reino Unido. Profesor Asistente, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile. Post-Doctoral Global Fellow, New York University, Estados Unidos. Correo electrónico: francisco.saffie@uai.cl.

the failure to comply with tax duties. These problems are explained by a classic paradigm based on a selfish and rational vision of the individual, an instrumental foundation of taxes and a conception of private property as a natural right. In view of this scenario, an alternative reconstruction of the rationality of taxation is made on the basis of Hegel's ideas of Philosophy of Law. In this way, a proposal is presented that aims to establish a non-instrumental justification of taxes and to overcome the opposition between taxes and private property.

Keywords: tax law, legitimacy, avoidance, Hegel, private property

1. Introducción

El derecho tributario contemporáneo se enfrenta a dos tipos de problemas. El primero es uno de justificación o de legitimidad de la institución; el segundo, es uno de cumplimiento. El primer problema aparece cuando se debe justificar la necesidad de los impuestos en un mundo dominado por políticas económicas neoliberales; el segundo, cuando quienes entienden los sistemas tributarios como condición de posibilidad de obtener igualdad económica observan que el derecho tributario actual es susceptible de quedar sin aplicación por conductas estratégicas de los contribuyentes, tales como la elusión y la evasión tributaria. En este trabajo propongo un diagnóstico del estado actual del derecho tributario y discuto críticamente algunas soluciones que se han propuesto a estos dos problemas. Argumentaré que las soluciones propuestas en estos dos niveles son inadecuadas porque no son capaces de dar cuenta de la racionalidad subyacente en el derecho tributario, puesto que se construyen a partir de justificaciones que contraponen intereses individuales con intereses colectivos aparejadas de justificaciones puramente instrumentales (tanto de los impuestos como del derecho tributario). En lo que sigue, el argumento se estructura de la siguiente forma: en la primera parte se ofrece un diagnóstico de los problemas que atraviesa el derecho tributario a nivel local y global en un mundo caracterizado por una hegemonía neoliberal; en la segunda, una reconstrucción teórica del estado actual del derecho tributario que explica por qué surgen esos problemas; en la tercera y cuarta parte se revisan crí-

ticamente algunas soluciones a los problemas de legitimidad y de aplicación del derecho tributario; en la quinta parte, para finalizar, se esboza una reconstrucción alternativa de la racionalidad del derecho tributario en líneas de la filosofía del derecho de Hegel.

2. Los problemas de legitimidad del derecho tributario

Tanto a nivel local como a nivel global, los impuestos han dejado de cumplir sus funciones de redistribución y financiamiento del gasto público. Estas funciones que caracterizan al derecho tributario en los estados modernos y que se identifican con las condiciones que hacen posible la igualdad que requieren los sistemas políticos democráticos, ha sido dejada de lado tanto por una discusión que pone en duda la legitimidad de la redistribución como porque el derecho tributario es incapaz de concretar las consecuencias legales que debería, esto es, la generación de obligaciones de pagar una determinada suma de dinero en beneficio fiscal. El primer problema tiene componentes políticos y económicos; el segundo, es un problema jurídico condicionado por las comprensiones políticas y económicas de los impuestos.

El problema de la legitimidad de la redistribución de los sistemas tributarios es un proceso que comenzó a fines de la década de los 70 del siglo pasado y que se ha acrecentado en nuestros días. La influencia del neoliberalismo es quizá la principal causa que explica la forma en que los sistemas tributarios dejaron de realizar su función de redistribución al haber perdido su vinculación con la democracia. Hoy los impuestos han perdido su sentido o racionalidad puesto que aparecen como una institución en virtud de la cual el Estado exige contribuir sin dar nada a cambio. Aún más, la disminución del gasto social en que están embarcados los gobiernos a nivel global pareciera justificar no pagar impuestos, mientras que, al mismo tiempo, la mayor parte de los recursos generados en los mercados se entiende que corresponden, sin mayor discusión, a quienes son los dueños del capital. En otras palabras, se ha consolidado “el libertarianismo propio de cada día” (Murphy y Nagel, 2002) que ve una disociación entre impuestos y propiedad. Vale decir, hasta hoy sigue primando la idea que

el derecho de propiedad es un derecho natural anterior a la formación del Estado y que los impuestos son una restricción a ese derecho.¹

En *Buying Time*, Wolfgang Streeck argumenta que desde los años 70 en adelante operó una redefinición del rol de las instituciones políticas que caracterizan al Estado moderno. Esa redefinición se explica, a juicio de Streeck, porque el orden económico neoliberal ha transformado el sentido de las instituciones políticas restándoles su capacidad de equilibrar los intereses de la democracia y del capital, especialmente porque se ha producido una pérdida del poder de la democracia para definir políticas que beneficien a quienes no son propietarios del capital. En esa década el capital decidió poner en cuestión el contrato social post segunda guerra mundial, ese desacuerdo llevó al fin de las políticas económicas keynesianas adoptadas hasta entonces por las democracias occidentales. En ese momento se comienzan a terminar dos características de aquel período: la paz y el estado de bienestar. Al abandonar el contrato social de posguerra, el Capital condicionó el funcionamiento del Estado dejando de invertir cuando las expectativas de los trabajadores comenzaron a crecer y se hicieron difíciles de controlar. El Capital, entonces, decidió exigir una parte mayor del producto social. Según Streeck, la crisis económica de fines de los 70 –y las crisis económicas que le siguieron– se comprenden mejor si se entiende al Capital de esta manera. El Capital, ahora constituido en un agente político y económico autoconsciente, condicionó la forma en que el Estado podía financiar sus actividades y quedó en posición de generar crisis económicas cada vez que sus beneficios económicos eran menores a los que esperaba obtener. De esta manera, devino más poderoso que aquella parte de la población que depende del capital al momento de fijar las condiciones de la constitución económica del Estado (Streeck, 2014, pp. 6-26). Los nuevos acuerdos sociales entre el Capital y los Estados explican las políticas que llevaron a la disminución y rebaja de impuestos con la consecuente pérdida de recaudación. La primera reacción de los gobiernos fue disminuir las cargas impositivas al capital y luego implementar políticas que permitieron la liberalización de los mercados y el flujo del capital, al abrir las fronteras y eliminar los controles financieros. Esto dio paso a lo que Streeck llama

¹ Desarrollo estas ideas en las secciones que siguen más adelante en este trabajo.

el “Estado deudor” (2014, pp. 47-96): los estados decidieron mantener el Estado de Bienestar, financiándolo esta vez no con el producto de la recaudación tributaria sino con deuda pública. La tercera fase y final de esta evolución del Estado llevó a la “política del estado de consolidación” internacional causada por la deuda acumulada (pp. 97-164). Las políticas del Estado de consolidación se caracterizan por un movimiento doble: a nivel local, los gobiernos disminuyen el gasto público implementando políticas de austeridad, siguen disminuyendo la carga tributaria especialmente al capital y los mercados financieros, y se privatizan los servicios públicos; a nivel global, especialmente en Europa, los Estados entraron en estructuras de integración internacional que dificultaron todavía más la toma de decisiones mediante procedimientos democráticos porque dieron un poder desproporcionado al Capital para presionar por la adopción de políticas neoliberales. Streeck argumenta que esta evolución del Estado, que es causalmente dependiente de las políticas económicas que se han adoptado durante los últimos treinta o cuarenta años, solo ha demorado la crisis del capitalismo democrático, incrementando el poder del Capital en detrimento de la democracia. Streeck es pesimista respecto del futuro del estado democrático, puesto que cree que este “proceso de desdemocratización del Capitalismo a través de la deseconomización de la democracia” llevará la democracia redistributiva a su fin y la dejará reducida a “una combinación del estado de derecho con entretención pública” (Streeck, 2014, p. 5).

Sin embargo, hay quienes argumentan que las políticas neoliberales han mejorado la calidad de vida de las personas en el mundo, especialmente en los países en vías de desarrollo.² Al menos en términos materiales, sostienen quienes defienden esas políticas, los individuos tienen acceso a productos y bienes, tales como un automóvil o un refrigerador que, por ejemplo, en el caso de Chile, no podían adquirir treinta años atrás. Este “bienestar” sería el resultado del funcionamiento del libre mercado como un sistema de información que permite la producción y distribución eficiente de recursos. En este esquema el rol del Estado consiste en asegurar las condiciones institucionales que permiten el funcionamiento del mercado.

² Un argumento que muestra la forma en que las políticas neoliberales generan desarrollo económico. Véase (Paus, 1994).

Colin Crouch llama “neoliberales puros” a quienes defienden esta comprensión del neoliberalismo (2013, p. 23). Esta concepción pura del neoliberalismo, según argumenta Crouch, no existe en las polis existentes hoy. Por el contrario, lo que se encuentra una vez que se analiza en detalle la relación entre orden económico y orden político que ha producido el neoliberalismo es lo que Crouch llama “el neoliberalismo realmente existente” (2013, p. 24). Este tipo de neoliberalismo se caracteriza por el poder que tienen las empresas multinacionales que son capaces de hacer de manera exitosa *lobby* por sus intereses y, de forma más general, por el poder que la riqueza privada tiene en la política. Según Crouch, el neoliberalismo realmente existente “produce una economía politizada muy lejana a lo que los economistas entienden por economía liberal de mercado, y una política tan desbalanceada por el poder plutocrático que compromete seriamente la idea de la democracia liberal” (2013, p. 24). En este sentido, el neoliberalismo realmente existente asegura la posición política y los privilegios de aquellos que obtienen beneficios derivados de las interacciones de mercado. Conforme al neoliberalismo realmente existente, las desigualdades económicas conllevan desigualdades de poder político. La función del Estado bajo el neoliberalismo se ha reducido a asegurar los efectos de la distribución del mercado, para lo que ha sido crucial la defensa de la protección legal que han recibido una determinada concepción de la propiedad privada y del estado de derecho. Mientras que el discurso neoliberal intenta convencer a los individuos que esto es todo lo que se requiere por parte del Estado puesto que la obtención de beneficios económicos dependerá exclusivamente de cuán bien lo hagan en las interacciones de mercado, esto es de su esfuerzo personal y de su responsabilidad, los propios liberales toman control del Estado para asegurarse que esta promesa no se cumpla. Así, lo que parece una promesa de bienestar individual abierta a todos, realmente no lo es. En esta línea, David Harvey argumenta que el neoliberalismo no ha traído el bienestar de todos, como promete, sino la “restauración del poder de clases” (Harvey, 2006, p. 26)³ a través de un proceso de acumulación por desposesión (p. 43). Este proceso consiste en redistribuir el producto social a los dueños del capital quienes, a su vez, se benefician de

una baja carga tributaria y del precio que reciben por la prestación de los servicios que antes prestaba el Estado⁴

Nos encontramos en un momento histórico en que el proceso de neoliberalización de la política económica se ha vuelto global. Lo que comenzó como una tímida política de mercados abiertos devino en una esfera de poder dominada por los intereses económicos globales del Capital. En este escenario, las empresas multinacionales son los verdaderos ciudadanos del mundo, o como sostiene Crouch, las compañías globales se transformaron en “las instituciones claves del mundo posdemocrático” (Crouch, 2004, p. 31): Esas compañías son las que se benefician directamente de la libertad de movimiento de los flujos de capital en el mundo, la falta de restricciones al comercio, instancias internacionales de resolución de conflictos comerciales orientadas a incentivar el comercio internacional y, en especial, de una baja carga tributaria a nivel global. Siguiendo a Crouch, las empresas multinacionales obtuvieron estos beneficios al sobrevivir en un mundo en que los más duros tienen asegurados los mejores resultados. Una vez que estas firmas lograron establecerse a nivel global, tuvieron el poder de condicionar sus inversiones para obtener regímenes fiscales y laborales privilegiados (Crouch, 2004, p. 32): Al mismo tiempo, los Estados entraron en una competencia por obtener recursos de estas compañías confiriéndoles toda clase de privilegios regulatorios. Esta es la forma en que se ha vuelto común a nivel global encontrar políticas tributarias con regímenes de no tributación, tales como beneficios tributarios de diferimiento del pago de impuestos para las ganancias de capital o exenciones tributarias a la ganancia de capital obtenida en la enajenación de acciones transadas en bolsas u otros beneficios en las ganancias obtenidas en los mercados financieros, por ejemplo, en bonos.

Sin embargo, los Estados han tenido que mantener parte del financiamiento del gasto público a través del sistema tributario⁵ La clase media ha sido la responsable de la carga económica asociada al funcionamiento del

⁴ Véase también (Crouch, 2004, pp. 31-69) y (Crouch, 2011).

⁵ La gran mayoría de los países financia el gasto público con una combinación de recaudación fiscal y deuda pública. Este no es el caso de Chile que, como país neoliberal consecuente, la deuda pública ha estado estrictamente controlada a través de una regla de balance estructural. Según esta regla el gasto público no puede exceder la recaudación tributaria. Esta regla no ha sido del todo respetada en los últimos tres gobiernos, donde se

Estado. De esta manera es fácil ver cómo los sistemas tributarios pierden su legitimidad bajo las políticas del neoliberalismo realmente existente. En primer lugar, los impuestos directos dejan de cumplir su función tradicional de asegurar ciertos niveles de redistribución porque el capital y las utilidades económicas pueden moverse fácilmente de una jurisdicción a otra sin carga tributaria o con una menor carga tributaria, en caso de que no reciban el trato económico privilegiado que desean. En segundo lugar, los sistemas tributarios descansan fuertemente en impuestos indirectos para obtener la recaudación fiscal que necesitan. Esto implica que quienes pagan dichos impuestos son quienes obtienen sus rentas del trabajo (y no del capital) y aquellos que no pueden mover fácilmente sus recursos a otra jurisdicción. Finalmente, el sistema tributario deviene opresivo, ya que el Estado no da nada a cambio a sus ciudadanos. En un sistema neoliberal cada uno de los individuos debe costear sus propias pensiones, salud, educación, etc., mientras que al mismo tiempo no pueden acumular capital. Llamo a este proceso la “falta de sentido económico de los sistemas tributarios” bajo el neoliberalismo⁶ Pero esta no es la única forma en que los sistemas tributarios han perdido sentido bajo el neoliberalismo.

El neoliberalismo también ha hecho que los sistemas tributarios pierdan su sentido político, por lo que quiero decir: se ha producido una disociación entre los impuestos y las obligaciones de solidaridad propias de la ciudadanía. Según Wendy Brown, el neoliberalismo no es solo un conjunto de políticas económicas sino también “un orden normativo de la razón” que “metamorfosea todos los dominios y esfuerzos humanos, junto con los propios seres humanos, de acuerdo con una imagen específica de lo económico” (Brown, 2015, pp. 9-10 y cap. 11) Brown argumenta que el neoliberalismo ha extendido el “modelo del mercado a todos los dominios y actividades” y “configura a los seres humanos exclusivamente como actores de mercado, siempre, solamente, y en todo lugar como *homo economicus*” (p. 31) En este sentido, el neoliberalismo es distinto del liberalismo económico

ha aceptado un nivel de deuda pública superior a la recaudación fiscal. Curiosamente dos de esos gobiernos han sido de derecha.

⁶ Para una exposición del argumento neoliberal como argumento económico, según el cual los impuestos “se vuelven inconsecuentes”, véase (Kleinbard, 2014, pp. 37-41).

clásico (p. 33): Esta idea normativa que acompaña al neoliberalismo invade lo político, haciendo a un lado al *homo politicus* del intercambio político para transformar “los principios de justicia democráticos en un idioma económico” (Brown, 2015, p. 35), con consecuencias importantes para las instituciones democráticas. La idea normativa del neoliberalismo entiende a los individuos como unidades de capital humano que compiten con otros, o cuando más como agentes económicos que comparten el riesgo de la vida económica (como ocurre en cualquier organización comercial en términos jurídicos) que, por lo mismo, no reciben protección alguna incluso bajo los supuestos de una noción liberal del contrato social (Brown, 2015), destruye la noción de solidaridad que justificaba los sistemas tributarios progresivos. Contrario a la lógica normativa de los mercados, uno de los bienes públicos más importantes de las comunidades políticas es la solidaridad. La solidaridad es un bien público o colectivo en el sentido que es “indivisible y debe ser producido, o al menos decidido, por quienes se benefician de su existencia” (Streeck, 2012, p. 41): En este sentido, se trata de uno de aquellos bienes que son parte de las comunidades política entendidas como “comunidades de destino” (Streeck, 2012, p. 42): El pago de impuestos es la forma paradigmática en que “la calidad de ciudadano demanda que uno provea de apoyo generalizado a la comunidad como un todo... para que pueda ser usado para fines todavía indeterminados por un gobierno legalmente constituido” (Streeck, 2012, p. 42): En este sentido, los impuestos son parte de aquellas obligaciones que definen y constituyen la ciudadanía.

3. Una reconstrucción teórica del estado actual del derecho tributario. El paradigma clásico

Una de las razones que a mi juicio explica los problemas de legitimidad del derecho tributario se encuentra en los presupuestos sobre los que se construyó el diseño institucional del derecho tributario actual. El punto es que ese diseño institucional asume por correctos ciertos presupuestos sobre la relación entre propiedad privada e impuestos, que ha sido útil para las políticas neoliberales. Esos presupuestos dieron origen a lo que denomino el paradigma clásico del derecho tributario.

De acuerdo con el paradigma clásico, los impuestos solamente se justificarían si los individuos consienten en ellos porque van en su interés individual. En este sentido, los impuestos tienen una justificación instrumental: son medios para un fin que va en provecho de los miembros de la sociedad civil. Este paradigma clásico se construye sobre tres elementos: (i) los tributos se justificarían como instrumentos para la recaudación fiscal; (ii) bajo una concepción de los individuos como seres puramente racionales; y (iii) conforme a una concepción de la propiedad privada como derecho natural, opuesta a los tributos.

Uno de los primeros en dar una definición de los impuestos, que llegaría a ser ampliamente aceptada, fue Seligman. Conforme a esa definición, los impuestos son una “contribución obligada de parte de la persona al gobierno, *para costear las expensas en que este ha incurrido en el interés común de todos, sin referencia a los beneficios específicos conferidos*” (Seligman, 1905, p. 304, énfasis añadido). Así, los impuestos son medios económicos que el gobierno puede obtener coactivamente de los contribuyentes, para el financiamiento de sus actividades (Seligman, 1905, p. 304).⁷ Se trata de una definición propia de este paradigma puesto que es suficientemente general para ser independiente de toda política tributaria particular y, por consiguiente, de todo tipo particular de justificación política.⁸

Según esta definición, los impuestos han de ser aceptados por individuos racionales, de modo que su propiedad privada sea respetada, vale decir, las personas contribuyen y así “dan para ayudar a conseguir” algo. Entonces, se hace necesario saber por qué razón se contribuye y es esto lo que la segunda parte de la definición intenta explicar. Los impuestos tienen una función y esa función consiste en financiar “las expensas en que se ha incurrido en el interés común de todos”.

Mientras que otros pagos o tarifas de carácter obligatorio se justifican en virtud de un beneficio directo para el individuo, o bien porque el pago

⁷ Existen otras fuentes de ingresos públicos distintas de los impuestos, tales como la actividad económica de las empresas del Estado, los fondos soberanos de riqueza, la privatización y la deuda pública. Véase, (Ferreiro Lapatza, 2010, pp. 103-136) y (Stiglitz, 2000, p. 43 y ss.).

⁸ No obstante, hacia el final de la tesis, volveré sobre esta definición para mostrar cómo debiese justificarse la obligación de pagar impuestos de manera independiente respecto de la justificación del gasto público.

es expresión de una sanción por la realización de un comportamiento indeseado; los impuestos se caracterizan por tener una función consistente en “costear las expensas en que se ha incurrido en el interés común de todos”.⁹

Dos buenos ejemplos de la justificación instrumental de la tributación dentro de la tradición contractualista, se encuentran –como era de esperarse– en Hobbes y Locke. En el capítulo XXX del *Leviatán*, Hobbes se refiere directamente a los impuestos al discutir “el fin para el cual le fue confiado el Poder Soberano, a saber, procurar la seguridad de las personas” (Hobbes, 2010 [1651], p. 201). Incluso si es cierto que Hobbes no habría desarrollado del todo una especie de teoría económica (Levy, 1954), puesto que se ocuparía principalmente de la justificación del poder soberano y de la función de la comunidad política, ello no implica que no haya tenido una justificación de los impuestos (Jackson, 1973). En el *Leviatán*, los impuestos poseen una justificación clara: han de proporcionar los medios económicos necesarios, que permitirán al representante soberano cumplir con sus funciones. De acuerdo con Dudley Jackson, esto explica que el derecho a cargar al pueblo con impuestos pueda justificarse “en substancia [con la misma] respuesta dada todavía hoy: los impuestos pagan el gasto necesario del poder soberano (el gobierno)” (Jackson, 1973, p. 178).

La misma justificación instrumental de la tributación puede encontrarse en *Second Treatise of Government* de Locke. Los impuestos han de pagarse para que el gobierno pueda dar protección a los derechos naturales de los individuos: “cada cual que disfrute de su parte de la Protección, debiese pagar a su Estado su proporción para el mantenimiento de este” (Locke, 1980 [1690], pp. Cap. 11, § 139). Por supuesto, hay diferencias entre las formas en que Hobbes y Locke justifican la concepción contractualista del Estado como mecanismo para dejar atrás el estado de naturaleza. En relación con los asuntos discutidos aquí, estas diferencias tienen consecuencias para la justificación y la protección de los derechos naturales. No obstante, más allá de tales diferencias, ambos defienden una justificación instrumental de los impuestos, para ir en beneficio directo de los individuos que “firman” el contrato social.

⁹ Por cierto, no todos estarían de acuerdo con esto. Por ejemplo, para las finanzas públicas los impuestos son (des)incentivos económicos.

Al margen de los ejemplos históricos, la justificación instrumental de la tributación en las teorías contractualistas de Hobbes y Locke sigue siendo la principal justificación de los impuestos. Persiste todavía en las teorías de las finanzas públicas y en las recientes teorías de la justicia. El lenguaje ha cambiado con el tiempo, pero los impuestos continúan siendo entendidos primariamente como instrumentos para la recaudación de ingresos para el gasto público. Son el mecanismo por medio del cual los individuos contribuyen al financiamiento de los bienes públicos.

No debiese resultar una sorpresa, entonces, que dos de las principales teorías de la justicia contemporáneas mantengan una comprensión instrumental de los impuestos. Tanto Rawls en *A Theory of Justice* como Nozick en *Anarchy, State, and Utopia*, defienden versiones instrumentales de los impuestos.¹⁰

Para Rawls, los impuestos son instrumentalmente relevantes para su concepción de la justicia distributiva. Basta con decir aquí que Rawls asigna a los impuestos dos funciones, una correctiva y una puramente distributiva (Rawls, 1999). De acuerdo con la categorización de las actividades del Estado desarrollada por Rawls, los sistemas tributarios son un instrumento para corregir las distribuciones producidas por el mercado (las que en principio solo persiguen lograr la mayor eficiencia). Todavía más, los impuestos son el mejor mecanismo para lograr cierta justicia distributiva en la sociedad (conforme a la rama de “distribución” del gobierno), por la vía de corregir la distribución del mercado y elevando la recaudación requerida para conseguir exactamente aquello que la justicia exige (Rawls, 1999, pp. 245-246). Lo que aclara la aproximación instrumental a los impuestos sostenida por Rawls, es que para él en una sociedad bien ordenada, la función de los impuestos consiste exclusivamente en obtener ingresos fiscales (Rawls, 1999, p. 246). Esto lleva a Rawls a sostener que los impuestos son instrumentos económicos dejando la política tributaria fuera de las instituciones básicas de una sociedad justa.

Lo mismo puede decirse de la teoría de la justicia de Nozick. Tanto así que, para él, los impuestos son pagos voluntarios para financiar las actividades que los individuos asignan al Estado mínimo. De esta manera, la

¹⁰ Insisto en que esto no es lo mismo que decir que ellos defiendan las mismas políticas tributarias, porque no lo hacen.

justificación de los impuestos se encuentra en que son instrumentos para la recaudación de ingresos y el financiamiento del gasto público. Nozick, entonces, sigue la comprensión común a la gran mayoría de las teorías liberales de la justicia, independientemente del nivel de redistribución o del régimen de propiedad que cada una de ellas defienda en cuanto al uso de los impuestos. La diferencia es que aquellos que defienden un Estado mínimo, solamente aceptarán el nivel de redistribución que se encuentre moralmente justificado para la defensa de los derechos naturales de los individuos, mientras que quienes defienden una mayor redistribución, buscarán obtener mayores ingresos fiscales para asegurar niveles de justicia distributiva conforme a un principio de justicia diferente al de los intercambios voluntarios.¹¹

Como anuncié más arriba esta concepción puramente instrumental de los impuestos descansa en otros dos presupuestos más generales, propios de las concepciones del mundo liberal en el siglo XVII. El segundo es uno sobre la naturaleza de los hombres. Según esta concepción los individuos son seres puramente racionales que se caracterizan por tener un razonamiento instrumental en cuanto a los fines que consideran valiosos, guiados por su autointerés.¹² Para esta concepción, los individuos son personas o seres “con cierto estatus moral, o un portador de derechos”. Este estatus moral requiere o presupone “ciertas capacidades”, en particular, que este ser “adopte planes de vida” y que sus decisiones puedan ser “atribuibles a él”. Para esta concepción de la persona, “[l]a razón es y debe ser primariamente instrumental” y por consiguiente, “[s]u mundo está constituido por medios potenciales, que entiende con vistas a controlarlo” (Taylor, 1985, p. 112). Según Charles Taylor, bajo esta concepción del individuo, la libertad con-

¹¹ Otro ejemplo de cómo la justificación instrumental de los impuestos ha permeado todos los posibles argumentos a favor de los impuestos, puede encontrarse en (Holmes & Sunstein, 2000). Según ellos, todo derecho (negativo o positivo) implica que el Estado debe invertir cierta cantidad de dinero en su protección, o, como lo ponen ellos, “los derechos cuestan dinero” (p. 15). Desde la perspectiva defendida por Holmes y Sunstein, todo derecho es un derecho positivo mientras exija alguna acción de parte de alguien para su protección y exigibilidad (capítulo I).

¹² Existen muchas aproximaciones diferentes que podría adoptar para elaborar el argumento que intento construir aquí. He optado por seguir el trabajo llevado a cabo por Charles Taylor.

siste en someter al mundo a los deseos o propósitos de los agentes (1985, p. 112). Bajo una de las posibles variantes de esta concepción, quizá la más exitosa en términos de su persistencia en la modernidad, las personas se ocupan de maximizar su utilidad individual.

Se supone que esta concepción de la persona y las consecuencias que de ella se siguen, presenta una explicación de la racionalidad humana más realista o naturalista que aquella propia del mundo religioso o premoderno. La autoridad de las normas (morales o jurídicas) depende de que ellas operen de conformidad a la racionalidad humana en los términos ya explicados: las normas han de ser obedecidas solo en la medida en que hacerlo sea racional para el individuo.¹³ Esto explica por qué razón, para algunos teóricos, las políticas y las leyes han de ser diseñadas conforme a los lineamientos que todo individuo racional podría aceptar. O bien, si lo que se quiere es conseguir fidelidad de parte de los individuos, lo anterior pone en evidencia la manera en que esas políticas y leyes actúan en su propio autointerés.¹⁴

El tercer elemento del paradigma clásico del derecho tributario resulta, hoy en día, familiar y corresponde a la idea de que la propiedad privada es un derecho natural. El origen de esta idea ha de encontrarse, otra vez, en el siglo diecisiete, en las teorías contractualistas del Estado, que justifican la existencia de este asignándole la función de proteger los derechos naturales de las personas. También existen aplicaciones contemporáneas de esta idea, siendo el argumento libertario de Nozick en *Anarchy, State, and Utopia*, la más notable de ellas. Este es, tal vez, el elemento más característico del paradigma clásico a partir del cual se exige una justificación para los tributos, puesto que en caso contrario serían equivalentes a un “robo coactivo del Estado”.

Por falta de espacio, no profundizaré aquí en la comprensión que estas teorías tienen de la propiedad como derecho natural y solo recurriré al conocimiento general que se tiene de ellas.

¹³ Para una lectura similar, *vid.* (Dworkin, 2011, pp. 15-19). Para una idea diferente acerca de lo que implica la racionalidad en relación con las razones y la moral, *vid.* (Gardner, 2007).

¹⁴ *Id.* (Wenzel, 2003). En materia de impuestos, la versión más básica de esta concepción de las personas lleva a una comprensión de la relación entre el gobierno y los ciudadanos-contribuyentes, como una en la que cada cual lucha por establecer un sistema tributario en las condiciones que más lo beneficie desde un punto de vista económico. Un muy buen ejemplo de la aplicación de estas ideas puede encontrarse en (Brennan & Buchanan, 2000).

Este paradigma clásico del derecho tributario dio origen a la forma institucional del derecho tributario actual. Esa forma institucional se ha sistematizado bajo la teoría general del derecho tributario. Para esta teoría general, el deber jurídico del contribuyente de pagar impuestos tiene un derecho correlativo, esto es, la pretensión ejecutable del Estado para el cobro en dinero de los impuestos. Esta relación entre el Estado y el contribuyente transforma el deber tributario en una relación jurídica. Según la teoría general del derecho tributario, en esta relación jurídica, el hecho imponible representa la voluntad del Estado. El hecho imponible (HI) contiene la descripción de los factores relevantes y las condiciones de operación (CO) según las cuales el contribuyente (C) tendrá una obligación legal específica de pagar (P) un cierto monto de impuestos. Esta es la forma en que P por C se expresa en el derecho tributario. Sin embargo, para que C deba P es necesario que las CO den paso al HI.¹⁵ En esta estructura de P se abre un gran espacio para la elusión tributaria, porque queda mucho espacio para que C no realice el HI por cualquier razón, incluyendo la intención de eludir el HI, lo que implica no P. En otras palabras, P es una obligación condicional sujeta a la realización del HI. Incluso para aquellas teorías que aceptan una interpretación substantiva del HI, la estructura de la teoría general del derecho tributario es un límite para la interpretación analógica o la interpretación de acuerdo con la función del derecho tributario, puesto que sin la satisfacción del HI no existe una obligación legal de pagar impuestos. Bajo esta estructura la protección de la propiedad privada se encuentra en una posición de privilegio comparado con la obligación legal de pagar impuestos.

4. La justificación liberal igualitaria de los impuestos

En la tradición liberal igualitaria se encuentra la defensa actual más sofisticada de los sistemas tributarios progresivos. Dentro de esa tradición quienes han dedicado más atención a la justificación de los impuestos fueron Murphy y Nagel en su libro *The Myth of Ownership*. Según ellos, un pro-

¹⁵ Según Hensel, la obligación legal de pagar impuestos “nace con la realización del hecho imponible” (Hensel, 2005, p. 154).

blema constante en las discusiones sobre justicia y política tributaria es la “miopía”, consistente en asumir que “la justicia de los sistemas tributarios [es] un asunto político distinto e independiente. [...] Puesto que aquello que cuenta como justo en los sistemas tributarios, no puede ser determinado sin considerar cómo el gobierno asigna sus recursos” (Murphy y Nagel, 2002, p. 14). Así, aplicando un criterio económico para medir la justicia distributiva, lo que resulta relevante no es solo establecer un principio de justicia conforme al que podamos determinar cuánto de impuestos debe pagar cada contribuyente, sino que debemos evaluar la posición final en la que se encuentran los individuos tras un ciclo de distribución. La cuestión crucial, por lo tanto, consiste en determinar cuánto contribuye una persona y cuántos recursos le transfiere el gobierno a esa misma persona. La solución que proponen Murphy y Nagel al problema de la miopía supone incluir la discusión sobre justicia en materia tributaria en una discusión general sobre la justicia de un sistema económico particular, vale decir, mirar el esquema general de recaudación y de gasto público.

El segundo elemento central en el argumento de Murphy y Nagel consiste en notar que la discusión sobre justicia de los sistemas tributarios se funda en una equivocación al asumir que la base sobre la que se discute sobre equidad tributaria da por sentado que la distribución de mercado es justa¹⁶, independiente de los efectos de los impuestos y del esquema convencional de derechos. Ellos llaman a este error “libertarianismo de cada día” (Murphy y Nagel, 2002, pp. 15, 31-37). Abandonar el “libertarianismo de cada día” supone entender que la propiedad privada es un derecho convencional (un hecho institucional), cuya definición y contenido depende de arreglos institucionales (incluyendo los impuestos), que se justifican de acuerdo con una determinada teoría de la justicia (y, por consiguiente, conforme a una concepción particular de la justicia distributiva).

Estos dos elementos del argumento (que la justicia tributaria es una dimensión de la justicia distributiva como justicia económica y que los derechos de propiedad están definidos por un complejo esquema de reglas, entre las cuales se incluyen los impuestos), permiten a Murphy y a Nagel

¹⁶ En especial los criterios de equidad que intentan proveer de distintas concepciones sobre lo que debería entenderse por equidad vertical y equidad horizontal en materia tributaria.

situar el argumento en la discusión acerca de cuál es la mejor concepción de la justicia distributiva (Murphy y Nagel, 2002, p. 173): Si seguimos el argumento de Murphy y Nagel, hemos de concluir que no podemos discutir sobre justicia pre- o posimpuestos; sino que solo podemos entender que el arco de una concepción de la justicia distributiva cubre la discusión acerca de la tributación y la propiedad privada.

Todas aquellas preguntas normativas acerca de cuáles impuestos se justifican y cuáles no, deben ser interpretadas [...] como preguntas acerca de cómo debe el sistema definir esos derechos de propiedad, que se presentan en las distintas transacciones –de empleo, donaciones, contrataciones, inversiones, compra y venta– sujetas a impuestos (Murphy y Nagel, 2002, p. 74)¹⁷

En definitiva, entonces, si seguimos el argumento y el análisis propuestos por Murphy y Nagel, deberíamos aceptar que los sistemas tributarios cumplen dos funciones principales: (i) la definición de la división entre lo público y lo privado; y, (ii) determinan la distribución del producto social entre propiedad privada y bienes públicos (Murphy y Nagel, 2002, p. 76).

El problema con estas justificaciones de los impuestos dentro de un marco general de justicia distributiva es que los sistemas tributarios y los impuestos en particular, se justifican a tal nivel de abstracción que pierde sentido discutir sobre la institución tal como la conocemos. Murphy y Nagel, en definitiva, no justifican la existencia de los impuestos, sino que la de cualquier instrumento capaz de lograr niveles de distribución mediante redistribución. La imaginación institucional limitada que poseemos hace que contingentemente esta función sea desempeñada por los impuestos, pero no hay ningún valor interno en la institución que la justifique ni mucho menos nos dicen la forma jurídica en que las obligaciones tributarias deberían determinarse.

¹⁷ El mismo argumento es reiterado a lo largo de todo el libro, por ejemplo, pp. 124, 131, 157, 162 y 164.

5. Una alternativa: entender que la legislación tributaria se construye en principios jurídicos

Ante los problemas de cumplimiento del derecho tributario, han surgido alternativas que buscan superar las limitaciones de la teoría general de la obligación tributaria. La alternativa más relevante hasta ahora es la propuesta por Judith Freedman, que consiste en reemplazar la estructura de la legislación tributaria basada en reglas por una que se construya sobre principios.

La versión de Freedman de la legislación basada en principios (LBP) se presenta como una alternativa a la teoría de la legislación tributaria pensada para captar de mejor manera cuál es la intención legislativa contenida en la ley tributaria.¹⁸ La LBP se funda en la idea de que existe una diferencia entre la intención legislativa y la noción abstracta de la “voluntad de la ley”. La diferencia consiste en que la primera forma parte del derecho dictado por el Parlamento, mientras que la segunda es impuesta al derecho desde “afuera”, yendo así más allá de lo que el Parlamento ha establecido en la ley. De acuerdo con Freedman, esta distinción se olvida con facilidad, sin embargo, su importancia no puede ser tan fácilmente desatendida, toda vez que existe siempre en la legislación tributaria una tensión o “choque entre la substancia económica y la realidad jurídica” (Freedman, 2007, p. 73). Esta tensión es el elemento requerido por la legislatura para expresar de mejor manera su intención. Así, siguiendo a Freedman, cualquiera sea la intención del Parlamento –ya se concentre en la substancia económica, o en los conceptos jurídicos–, ella debe establecerse claramente. O bien, si ello no fuere posible, los legisladores debiesen tenerlo en mente y proporcionar, consecuentemente, a los tribunales una guía apropiada para implementar su intención (cualquiera sea su contenido).

La aproximación desde la LBP pareciera proporcionar una buena respuesta a uno de los principales problemas que deben enfrentar quienes defienden una interpretación substantiva de la ley tributaria, esto es, cómo determinar la intención del legislador. Esto resulta especialmente impor-

¹⁸ Según Freedman, su concepción de la LBP proviene del trabajo de Avery Jones (Avery Jones, 1996) y del trabajo de Greg Pinder para la *Australian Taxation office*. *Vid.*, (Freedman, 2010, p. 725).

tante para aquellos que se preocupan por respetar los valores formales y substantivos asociados al derecho, tales como la democracia, el estado de derecho y la separación de poderes (Freedman, 2010, p. 717), al mismo tiempo que interpretan la ley tributaria más allá de su mera literalidad. Desde esta perspectiva, la pregunta que debe responderse es cómo deben los jueces aplicar la ley, respetando, a la vez, las intenciones del Parlamento.

Lo que explica la importancia de la determinación de la intención del Parlamento, es su relevancia para (la definición o solución de) la elusión tributaria. La premisa que subyace a la afirmación conforme a la cual la elusión tributaria sería legal –esto es, la defendida bajo el paradigma clásico–, es que la letra de las disposiciones legales del derecho tributario considera que ciertos actos (los que forman parte del esquema de elusión) no son CO del HI. Quienes defienden una interpretación substantiva de la ley tributaria, por el contrario, intentarán mostrar que esos mismos actos debiesen ser imponibles de conformidad a la intención del Parlamento. Sin esa determinación, (diría Freedman siguiendo en esto a Honoré (1993)) no existe deber alguno de pagar impuestos, toda vez que las obligaciones tributarias no son obligaciones morales. Del mismo modo, en la medida en que los contribuyentes no vayan en contra de la intención del legislador, la manera en que organicen sus negocios –incluso si lo hacen exclusivamente con el propósito de reducir sus impuestos– debería resultar, consecuentemente, jurídicamente irrelevante.

Una vez que la LBP es adoptada, lo que cambia es la manera en que la legislatura expresa su voluntad. Va desde una detallada expresión “a la manera de una regla” hacia una “a manera de principio”. La expresión como principio permitiría a los legisladores asegurarse de la consecución de sus fines y al mismo tiempo, que los tribunales posean cierto margen de acción, que les permita superar los problemas presentados por los casos particulares (Freedman, 2007, pp. 74-75).

Teniendo en mente este tipo de diseño, Freedman sostiene que la legislación tributaria mejoraría, puesto que los legisladores deberían tener una idea muy clara acerca de la política que estarían intentando implementar, para poder expresarla en la forma de principios generales. Al mismo tiempo, los jueces no estarían creando una nueva política tributaria al aplicar tales principios; en este sentido, la LBP se diferencia de la interpretación

finalista (Freedman, 2010, pp. 721-723). Los principios propios de la LBP no serían “una instrucción amplia para discernir si acaso el propósito de la legislación ha sido truncado, o para definir los motivos del contribuyente”; en lugar de ello, se los establecería para expresar “principios y criterios” claros (Freedman, 2007, p. 75 y 87). Así las cosas, el contenido de las reglas particulares de una determinada regulación estaría sujeto a los propósitos, más amplios, contenidos en los principios. Freedman se cuida de precisar que la LBP no implica que la obligación de pagar impuestos sea justificada solo en base a consideraciones morales, o que dicha obligación “deba basarse en el ‘espíritu de la ley’” (2009, p. 8). Por el contrario, si la legislatura explícitamente provee la política general, la judicatura contará con una guía clara para su aplicación, sin contravenir su propia función (Freedman, 2007, p. 87).¹⁹ Un deber particular y concreto de pagar impuestos sería el resultado de la aplicación de estos principios a un caso particular.

En otras palabras, la propuesta a favor de una LBP conlleva un cambio en la comprensión de la legislación tributaria y de la elusión: desde la determinación e identificación de la conducta contraria a la ley, hacia una definición estructural más amplia de lo que está comprendido por la ley tributaria (o, con el mismo propósito, por el derecho). Por consiguiente, la LBP implica una modificación en la actual distribución de la carga en el derecho tributario: desde que la autoridad recaudadora debe demostrar “que algo se encuentra comprendido por una disposición; hacia que, ahora, sea el contribuyente quien debe mostrar que su caso se encuentra específicamente excluido” (Freedman, 2010, p. 725). Por lo tanto, la LBP es una solución indirecta a la elusión tributaria. Debido a que redefine la manera en que se determina el deber de pagar impuestos, ella reduce el espacio abierto por la ausencia del derecho.

La propuesta de Freedman de una LBP es aparentemente promisoriosa. En síntesis, ella abre la posibilidad de una nueva comprensión del derecho tributario, bajo la cual los contribuyentes no pueden escudarse tras la letra de la ley. Esto se consigue, modificando la estructura del derecho tributario,

¹⁹ Según Freedman, las únicas restricciones aplicables en este caso son aquellas derivadas del ejercicio de la función judicial. El Parlamento no debiese esperar que los tribunales desarrollen políticas cuando ellos no tienen las potestades para hacerlo. (Freedman, 2007, pp. 88-89).

moviéndose desde “las reglas estrictas” hacia “principios más amplios”, que contienen directrices de la política tributaria para la judicatura. Al mismo tiempo, ella pareciera salvaguardar los valores tradicionalmente asociados al Estado de derecho, tales como la claridad, la certeza y la generalidad. Además, no necesita apoyarse en argumentos morales para justificar un deber jurídico de pagar impuestos, puesto que para la LBP, basta con que la intención de la legislatura a ese respecto se encuentre contenida en la ley (cualquiera sea la estructura que adopte). La LBP supone que mientras exista legislación, vale decir, una norma universal que contenga una decisión autoritativa, de la aplicación de dicha norma, surgirá un deber particular de pagar impuestos.

No obstante lo promisorio que pareciera ser la propuesta de Freedman, la LBP resulta problemática sobre dos frentes: (i) bajo la LBP, el derecho tributario deviene una categoría vacía, puesto que en ella no hay contenido sustantivo (se trataría de un concepto nominal); y (ii) pone en peligro la distinción entre legislación y adjudicación. Las consecuencias de estos dos problemas son (a) que el derecho tributario carece de legitimación, puesto que la LBP crea un hiato entre forma y substancia; y (b) que no hay derecho tributario a ser aplicado en un caso particular, sino simplemente legislación específica.

La legislación basada en principios (LBP) de Freedman, sin embargo, no constituye una auténtica alternativa a la teoría general del derecho tributario puesto que sigue fundamentándose en el paradigma clásico. En este sentido, además de un cambio en la forma jurídica (para adoptar la LBP) se hace necesario revisar o modificar la substancia subyacente, esto es, el paradigma clásico del derecho tributario. Si mi argumento es correcto, entonces se siguen de él dos conclusiones: (i) existe una relación de dependencia entre el paradigma clásico y la teoría general del derecho tributario (entre substancia y forma); y (ii) no pueden resolverse los problemas de la segunda, sin hacerse cargo del contenido del primero.

6. Una reconstrucción alternativa de la racionalidad del derecho tributario en líneas de la filosofía del derecho de Hegel

Para poder redefinir la comprensión que tenemos del derecho tributario bajo el paradigma clásico y así proveer de una racionalidad substantiva distinta a la instrumental que critiqué más arriba, sostendré que la mejor comprensión del derecho tributario supone entenderlo como la forma institucional de una práctica con un bien interno: el reconocimiento recíproco.

Según Alasdair MacIntyre una práctica consiste en

cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intenta lograr los modelos de excelencia que le son apropiados a esa forma de actividad y la definen parcialmente, con el resultado de que la capacidad humana de lograr la excelencia y los conceptos humanos de los fines y bienes que conlleva se extienden sistemáticamente. (MacIntyre, 2001, p. 233)

En *After Virtue*, MacIntyre sostiene que en las actividades humanas pueden encontrarse bienes internos y bienes externos:²⁰ Los bienes internos tienen dos características: (a) solamente pueden ser especificados por referencia a la práctica de la cual forman parte; y (b) “solo pueden identificarse y reconocerse participando en la práctica en cuestión” (MacIntyre, 2001, p. 235). Estos son “bienes genuinos” porque son “fines que vale la pena perseguir por su propio bien” (MacIntyre, 1999, p. 66). Los bienes externos, en cambio, son bienes que se obtienen al participar de la práctica porque están “extern[a] y contingente[mente] unidos” (MacIntyre, 2001, p. 234) a la práctica. En este sentido, “[e]stas cosas solamente son bienes *qua* medios para conseguir algo más que es un bien en sí mismo” (MacIntyre, 1999, p. 66). El ejemplo de MacIntyre es el de alguien que quiere enseñar cómo jugar ajedrez

²⁰ En un libro posterior *Dependent Rational Animals*, MacIntyre añade un tercer tipo de bienes, aquellos relacionados con el desarrollo humano [*human flourishing*], a saber, bienes que constituyen bienes para nosotros *qua* seres humanos. Estos son los bienes que nos permiten ordenar los bienes internos y externos (MacIntyre, 1999, p. 67).

a un niño que está más interesado en los caramelos que en el ajedrez. Se le podría ofrecer dinero al niño para comprar caramelos, a fin de motivarlo a jugar primero y luego para que continúe, cada vez que gane en el juego. El profesor espera que el niño adquiera un “gusto” por el juego, para que acabe jugando no por el dinero (para comprar caramelos), sino por amor al ajedrez. En este ejemplo, el dinero y los caramelos son bienes externos respecto de los bienes internos del ajedrez, y el niño podría buscar adquirirlos incluso mediante trampas. Sin embargo, la expectativa del profesor es que, con el tiempo, el bien que hay en jugar ajedrez se mostrará y realizará, de manera que el niño llegará a jugar ajedrez porque le gusta. Las prácticas con bienes internos requieren de participación en ellas, para que así la persona que participa llegue a aprender el bien dentro de la práctica. La manera en que compartimos ciertos estándares y propósitos que caracterizan a las prácticas, define la manera en que nos relacionamos unos con otros.

Para MacIntyre, las prácticas deben distinguirse de otros dos modos posibles de actuar en el mundo, con los cuales se las podría confundir²¹ Las prácticas son diferentes de las habilidades técnicas. A pesar de que estas últimas resultan relevantes para lograr los bienes de las prácticas, carecen de un importante aspecto propio de las prácticas. Los fines y los bienes de las prácticas cambian, puesto que son la expresión de los bienes internos y de las capacidades humanas relacionadas con ellos. En este sentido, los fines y objetivos de una práctica mutan debido a que una práctica tiene una historia y su propio desarrollo exige que supere dicha historia. Por el contrario, una habilidad técnica tiene un uso limitado en relación con un fin particular fijado. Una habilidad técnica cambia ya porque no es adecuada para lograr ese fin particular, ya porque el fin ha cambiado. Sin embargo, no hay en este caso una relación histórica con una tradición.

La segunda diferencia es respecto de las instituciones. MacIntyre sostiene que las prácticas son diferentes y no deben confundirse con éstas. Según MacIntyre, las prácticas se refieren a bienes internos y las instituciones, a bienes externos. Esta es una diferencia fuerte, toda vez que MacIntyre establece que las instituciones se relacionan “necesariamente” con los bienes externos, tales como el dinero u otros bienes materiales y la

²¹ En los párrafos a continuación sigo a (MacIntyre, 2001, pp. 255-260).

distribución del poder. Dado que estos son bienes, “nadie puede despreciarlos sin caer en cierto grado de hipocresía” (MacIntyre, 2001, p. 243); no obstante, no son virtudes. Esto es así porque las instituciones son siempre competitivas. Pero lo que diferencia a las prácticas de las instituciones es algo que, simultáneamente, explica porqué se encuentran estrechamente relacionadas. Para MacIntyre, las instituciones están necesariamente conectadas a los bienes externos porque ellas son las “sustentadoras” de las prácticas. Para poder sostenerse en el tiempo, las prácticas requieren de las instituciones. En esta estrecha relación radica también un riesgo. Las prácticas pueden sucumbir a “la codicia de la institución, donde la atención cooperativa al bien común de la práctica es siempre vulnerable a la competitividad de la institución” (MacIntyre, 2001, p. 241).

Si entiendo correctamente a MacIntyre, entonces los bienes externos de las instituciones pueden ser útiles para lograr y sostener los bienes internos de las prácticas. Sin embargo, y ésta es una diferencia importante respecto de la justificación meramente instrumental de las instituciones provista por el individualismo liberal, las instituciones no se explican nada más por sus bienes externos. Ellas deben ser la expresión de las prácticas que sostienen y esto implica que se encuentran, también, vinculadas a los bienes internos que caracterizan a estas últimas. Esto es lo que interpreto de MacIntyre cuando dice que “[a] su vez, las virtudes son fomentadas por ciertos tipos de instituciones sociales y amenazadas por otros” (2001, p. 243).

6.1. Reconocimiento, solidaridad e impuestos

La búsqueda de un bien interno de la práctica requiere una noción más compleja de los individuos en las sociedades modernas contemporáneas que la del paradigma clásico, que sea capaz de combinar los elementos individuales y sociales que los caracterizan. Esta es la tarea que emprendió Hegel, la de reconciliar a los individuos modernos con las instituciones en que viven. Para esta noción compleja, los individuos nunca se encuentran aislados y siempre forman parte de una comunidad política. En lugar de ser un individuo racional el que decide ingresar al contrato –y en esto parafraseo las ideas de MacIntyre en *Dependent Rational Animals*, el individuo

solo puede llegar a desarrollar su razonamiento práctico como resultado de una serie de complejos procesos interrelacionados, que tienen lugar al interior de las relaciones e interacciones sociales. La noción compleja podría ser interpretada como un intento de conciliar la idea antigua de una comunidad ética, con la noción moderna del individuo.

No existe una única definición dominante de la noción compleja del individuo y, por el contrario, de hecho, se han proporcionado diversos argumentos. Para mencionar unos pocos ejemplos entre los pensadores contemporáneos, MacIntyre sostiene que solamente podemos desarrollarnos como seres humanos si cultivamos cierto tipo de razón práctica, que proviene de nuestra naturaleza vulnerable y dependiente²²; según Honneth, quien combina el modelo teórico de las luchas sociales de Hegel con la psicología social de Mead, la posibilidad de llegar a ser un individuo completamente autónomo depende de ciertas formas de reconocimiento social²³; y finalmente, para Castoriadis, la autonomía individual y colectiva no pueden sino ser entendidas como un proyecto político (socialista) revolucionario (un proyecto que se apoya en dos previos momentos históricos en los que las instituciones fueron cuestionadas, esto es, la antigua Grecia y el final de la Alta Edad Media en Europa occidental).²⁴

Para los propósitos de este argumento, es suficiente con desarrollar dos puntos. Primero, mostrar cómo es que, de acuerdo con estas teorías, la interacción con otros individuos explica la manera por medio de la cual podemos llegar a ser sujetos autónomos. En otras palabras, la primera tarea consiste en explicar la idea de reconocimiento. Con este propósito, sigo la teoría social de Honneth, a la cual también añadiré algunas de las ideas

²² Argumento que desarrolla en (MacIntyre, 1999).

²³ Para la explicación general de esta idea de Honneth, ver (Honneth, 1995). Ver también (Anderson & Honneth, 2005), donde, aplicando la estructura del reconocimiento social, los autores critican la concepción que Rawls tiene de la autonomía.

²⁴ Ver (Castoriadis, 1997, p. 80 y ss.); (Castoriadis, 1991, pp. 124-142); (Castoriadis, 2007, p. capítulo 5); (Castoriadis, 2010, pp. 3-4). Para Castoriadis, la política revolucionaria consiste en “una praxis que toma por objeto la organización y orientación de la sociedad, en tanto fomenta la autonomía de todos sus miembros y reconoce que esto presupone una transformación radical de la sociedad, que solamente será posible, a su turno, por medio de la actividad autónoma de los individuos.” (Castoriadis, 1997, p. 77).

de MacIntyre²⁵ En segundo lugar, exploro la relación entre impuestos y reconocimiento.

Debates recientes en el ámbito de la filosofía política han rescatado el término “reconocimiento” de las manos de Hegel en su *Fenomenología del Espíritu*.²⁶ Siguiendo a Hegel, Honneth identifica tres “formas” (1995, p. 25) o “esferas” (Fraser y Honneth, 2003, p. 138) de reconocimiento. Cada una de estas esferas representa una etapa diferente en la cual un ser humano puede llegar a ser sujeto de reconocimiento. En cada una de estas etapas, existen diversos modos de reconocimiento y diferentes contenidos a ser reconocidos, dependiendo del concepto de persona a encontrarse en cada una. Las distintas etapas en las cuales un ser humano puede ser sujeto de reconocimiento son: el individuo, la persona y el sujeto. Los modos de reconocimiento para cada una de estas etapas son: la familia, la sociedad civil y el Estado. El contenido a ser reconocido en cada una de estas esferas también es diferente. En la familia, el individuo es reconocido por medio de una relación afectiva que cubre sus necesidades concretas; en la sociedad civil, el derecho reconoce a una persona como una persona jurídica abstracta y por consiguiente, se la reconoce en términos de su autonomía formal; finalmente, en el Estado, los sujetos son reconocidos conforme a su particularidad individual como “concretos universales” a través de la solidaridad (Honneth, 1995, p. 25). La finalidad de estas etapas intersubjetivas de reconocimiento, según Honneth, consiste en lograr la autorealización del hombre. Cada una de estas etapas contiene “exigencias normativas que

²⁵ No desarrollo la teoría de Castoriadis debido a que ésta depende en alto grado de ideas psicoanalíticas y mostrar su conexión con los arreglos sociales existentes resultaría demasiado exigente para el argumento presentado aquí.

²⁶ Para una informativa revisión de las ideas de Hegel acerca del reconocimiento y de su aplicación a la filosofía práctica contemporánea, ver (Siep, 2010). Existe cierto debate en la literatura acerca del origen del término reconocimiento. Siep, por ejemplo, sostiene en su artículo que el concepto se encuentra originalmente en Fichte, aunque Hegel extiende su aplicación más allá de las relaciones intersubjetivas directas. En la filosofía práctica contemporánea, Siep distingue tres usos diferentes que se le han dado al término: (i) como respeto mutuo entre personas autónomas; (ii) en el contexto de la psicología social y de la investigación filosófica sobre el desarrollo de la identidad; y (iii) entre diversas cosmovisiones y culturas en las comunidades multiculturales. (Siep, 2010, pp. 113-114).

son, estructuralmente hablando, internas a la relación de reconocimiento recíproco” (Honneth, 1995, p. 92).

Así las cosas, ¿cómo es que estas ideas se relacionan en el análisis de la tributación como una práctica? Para desarrollar nuestras máximas capacidades como seres humanos, dependemos de los otros y de las complejas interrelaciones sociales que hemos construido con quienes interactuamos. La esfera del amor –o las primeras etapas de nuestra dependencia animal– establece las formas en las cuales hemos de relacionarnos con los otros en nuestra vida temprana, en atención a nuestras necesidades concretas. A pesar de lo importante que resulta este espacio para el amor propio básico, no constituye la principal preocupación de aquellas prácticas que son institucionalizadas. Las esferas de reconocimiento que más estrechamente se relacionan con las prácticas y las instituciones son las del derecho y de la solidaridad. Por tanto, si estamos buscando una justificación de la tributación como práctica bajo este esquema, entonces necesitamos encontrar el bien que hay en la práctica (lo que proporcionará los fundamentos para que la práctica se convierta en una institución).

La justificación meramente instrumental de las instituciones, por consiguiente, niega la conexión existente entre nuestros arreglos institucionales y las interacciones sociales, al igual que la forma en que éstos transforman nuestras vidas. Y lo que la justificación meramente instrumental niega es, precisamente, el punto defendido por Honneth y MacIntyre, esto es, que la posibilidad de desarrollarnos completamente como individuos es una empresa colectiva. De esta manera, la justificación meramente instrumental de los impuestos niega la idea misma de dependencia recíproca. Ésta es todavía una afirmación demasiado general. Intentaré especificarla, desarrollando más profundamente la relación entre impuestos y (las esferas de) reconocimiento. Con este propósito, las dos esferas de reconocimiento corresponderán, lógicamente, al derecho y al Estado.

Los sistemas tributarios son parte de los arreglos conforme a los que se distribuyen bienes entre los miembros de una comunidad política y constituyen un aspecto importante del vivir juntos, puesto que aseguran las condiciones materiales para hacerlo posible. En este sentido, esta práctica es parte de una evolución histórica, dentro de la cual el reconocimiento en

las esferas del derecho y del Estado han hecho posible el desarrollo libre de los sujetos permitiendo su autorealización siendo parte de las instituciones que caracterizan al Estado moderno. La práctica de los impuestos es parte de una vida ética y es esencial para la solidaridad.

Se trata de una práctica en la que hay un bien que es bueno para nosotros *qua* seres humanos. Aplicando las ideas de MacIntyre, esto significa que es posible encontrar en la tributación un bien que nos permite desarrollarnos como seres humanos, esto es, como animales capaces de desarrollar completamente la razón práctica. De manera más precisa, los sistemas tributarios tendrían que ser una práctica en la que podamos aprender acerca de las virtudes de la “dependencia mutua” (MacIntyre, 1999, p. 10). Por supuesto, sería un error leer en esto que los sistemas tributarios son la única práctica en la cual aprendemos acerca de esas virtudes. Mi posición es más modesta que eso. Creo que basta con mostrar que es una práctica en la que tenemos la posibilidad de aprender aquellas virtudes. Como tal, esta posibilidad entrega una mejor explicación y comprensión de los sistemas tributarios que supera la comprensión que predomina hoy. La institucionalización de los sistemas tributarios justificada de forma instrumental, combinada con las economías de mercado neoliberales actualmente existentes, produce un resultado explosivo que no deja espacio posible a la solidaridad o a las virtudes de la dependencia recíproca y solo da cuenta de la institución haciéndola opresiva.

6.2. Impuestos como propiedad privada, o propiedad privada como impuestos

Un último paso para dejar atrás el paradigma clásico consiste en redefinir la relación entre propiedad privada e impuestos. Para eso resulta adecuado partir por asumir que hoy no basta con justificar la propiedad privada como un derecho natural, sino que es necesario encontrar razones para su institucionalización. Así, en los sistemas jurídicos contemporáneos la propiedad privada supone una decisión previa acerca del sistema de asignación de propiedad que la comunidad política adoptará. En este sentido, Jeremy Waldron sostiene que el concepto de propiedad privada corresponde a

“un sistema de reglas que regulan el acceso a y el control de los recursos materiales” (1988, p. 31). Este sistema puede estar configurado bajo diversas formas alternativas de asignar aquellos recursos materiales. Los sistemas más comúnmente conocidos son la propiedad privada, la propiedad colectiva y la propiedad común (Waldron, 1988, pp. 37-42), pero pueden existir otros que pueda permitirse nuestra imaginación institucional.

Siguiendo el análisis de Waldron, los argumentos que se fundan en derechos para reconocer propiedad privada²⁷, vale decir, en la protección de un interés individual, pueden ser especiales o generales²⁸. Los primeros suponen un hecho contingente o una transacción; los segundos, un interés en sí mismo. En este segundo caso, la propiedad privada es entendida como algo valioso para cada individuo, algo que todos deberían tener. La teoría de la propiedad privada de Hegel es el caso paradigmático de este último tipo de justificación. Para Hegel, la propiedad privada se justifica porque hace posible el reconocimiento recíproco y la libertad individual, la objetivación de la subjetividad individual en el mundo. La propiedad privada, en otras palabras, hace posible la primera expresión de la libertad de los individuos al permitir los medios para el desarrollo de los deseos subjetivos.

Como decía antes en este trabajo, para Murphy y Nagel esta comprensión de la propiedad privada es un punto de partida básico para hablar sobre justicia e impuestos. Para ellos, la propiedad privada es resultado de las reglas que definen los sistemas tributarios. En sus palabras, “la cuestión de los sistemas tributarios no es sobre cómo debe el Estado apropiarse y distribuir lo que ya pertenece a los ciudadanos, sino sobre cómo debe el Estado permitir que se determine la propiedad” (Murphy & Nagel, 2002, p. 176). El problema con Murphy y Nagel es que no están dispuestos a asumir las consecuencias radicales que se siguen de su argumento, por permanecer anclados en los límites del paradigma clásico.

La radicalidad de asumir que la propiedad privada se justifica por el valor que representa para los individuos y al mismo tiempo que su definición depende del conjunto de reglas que expresan una concepción de

²⁷ Otras justificaciones pueden ser: utilitaristas, consecuencialistas o deontológicas. Véase *ibid.*, cap. 3 y (Murphy & Nagel, 2002, pp. 42-45).

²⁸ (Waldron, 1988, pp. 115-117, y en general el cap. 114).

la justicia distributiva, lleva a la conclusión que la propiedad privada y los impuestos son conceptualmente inseparables. ¿Qué ocurre si no solo estamos preocupados de justificar la redistribución para evitar la pobreza como lo hacen los liberales igualitarios, sino que nos tomamos en serio la idea de buscar el valor en la propiedad privada y en los impuestos? Ese valor puede permitir superar las contradicciones sobre las que se construye el paradigma clásico, en especial la que contrapone propiedad e impuestos.

El desarrollo intersubjetivo del sujeto, o la posibilidad de nuestro desarrollo como seres humanos, requiere que reconozcamos derechos cuando ello sea necesario para nuestro autorespeto. El derecho a la propiedad privada es un derecho de este tipo. Si seguimos a Hegel, se trata de un derecho que nos garantiza el espacio para la expresión objetiva en el mundo de nuestra voluntad subjetiva. Esta definición del derecho a la propiedad privada posee un límite intrínseco: el reconocimiento de la propiedad privada de otros. O lo que es lo mismo, asegurar espacios de libertad y desarrollo de la personalidad a todos. Un sistema de propiedad privada y un sistema tributario son las dos caras de una misma moneda, porque los impuestos representan la forma de asegurar libertad para todos; la posibilidad del desarrollo ético de sujetos libres.

Si esto es así, se siguen dos importantes consecuencias. La primera es que no tenemos necesidad alguna de justificar la redistribución. Lo que llamamos redistribución se convertirá en una consecuencia necesaria del reconocimiento de un derecho convencional a la propiedad privada. La redistribución (que afecta la propiedad privada para modificar una distribución previa) debería ser una consecuencia constitutiva de la propiedad privada; tendremos, entonces, una asignación constante de bienes bajo una concepción de la “vida ética”. En este sentido el sistema tributario es expresión de solidaridad. Una segunda consecuencia importante es que la obligación de pagar impuestos puede ser explicada sobre nuevos fundamentos. Ella no dependerá más de la voluntad del individuo, sino de la existencia objetiva del derecho a la propiedad privada. Todo individuo al que se le reconozca un derecho de propiedad privada tendrá el deber de pagar impuestos como sujeto que forma parte de un Estado. El deber legal de pagar impuestos no puede justificarse en términos meramente instrumentales; sino que formará parte de la propiedad privada. Esta segunda

conclusión podría dar un mejor fundamento a la propuesta de Freedman presentada más arriba sobre reconstruir el derecho tributario como legislación basada en principios.

Bibliografía

- Anderson, J., y Honneth, A. (2005). Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice. En J. Christman y J. Anderson (Eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism. New Essays* (pp. 127-149). Cambridge: Cambridge U.P.
- Avery Jones, J. (1996). Tax Law: Rules or Principles? *Fiscal Studies*, 17(3), 63-89.
- Brennan, G., y Buchanan, J. M. (2000). *The Power to Tax. Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Brown, W. (2015). *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*. Nueva York: Zone Books.
- Castoriadis, C. (1991). *Philosophy, Politics, Autonomy. Essays in Political Philosophy*. Nueva York: Oxford U.P.
- Castoriadis, C. (1997). *The Imaginary Institution of Society*. Cambridge: Polity Press.
- Castoriadis, C. (2007). *Figures of the Thinkable*. Stanford: Stanford U.P.
- Castoriadis, C. (2010). *A Society Adrift. Interviews and Debates, 1974-1997*. Nueva York: Fordham U.P.
- Crouch, C. (2004). *Post-Democracy*. Cambridge: Polity.
- Crouch, C. (2011). *The Strange Non-Death of Neoliberalism*. Cambridge: Polity.
- Crouch, C. (2013). *Making capitalism Fit for Society*. Cambridge: Polity.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge - London: Belknap Press of Harvard University Press.
- Ferreiro Lapatza, J. J. (2010). *Instituciones de Derecho Financiero*. Madrid: Marcial Pons.
- Fraser, N., y Honneth, A. (2003). *Redistribution or Recognition?* Londres: Verso.
- Freedman, J. (2007). Interpreting Tax Statutes: Tax Avoidance and the Intention of Parliament. *Law Quarterly Review*, 123, 53-90.

- Freedman, J. (2009). A GANTIP: Was It Really Such a Bad Idea?. *Tax Journal*, 9, 8-18.
- Freedman, J. (2010). Improving (Not Perfecting) Tax Legislation: Rules and Principles Revisited. *British Tax Review*, 6, 717-736.
- Gardner, J. (2007). Nearly Natural Law. *American Journal of Jurisprudence*, 52(1), 1-23.
- Harvey, D. (2006). *Spaces of Global Capitalism*. Londres: Verso.
- Harvey, D. (2007). *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford: Oxford U.P.
- Hensel, A. (2005). *Derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons.
- Hobbes, T. (2010 (1651)). *Leviathan*. New Haven y Londres: Yale U.P.
- Holmes, S., y Sunstein, C. (2000). *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nueva York: W.W. Norton y Company.
- Honneth, A. (1995). *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- Honoré, T. (1993). The Dependence of Morality On Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13(1), 1-17.
- Jackson, D. (1973). "Thomas Hobbes' Theory of Taxation". *Political Studies*, 21(2), 175-182.
- Kleinbard, E. (2014). *Are Better Than This. How Government Should Spend Our Money*. Oxford: Oxford U.P.
- Levy, A. (1954). Economic Views of Thomas Hobbes. *Journal of the History of Ideas*, 15(4), 589-595.
- Locke, J. (1980 (1690)). *Second Treatise of Government*. Cambridge: Hackett Publishing Company.
- MacIntyre, A. (1999). *Dependent Rational Animals*. Chicago: Open Court.
- MacIntyre, A. (2001). *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica.
- Murphy, L. B., y Nagel, T. (2002). *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*. Nueva York: Oxford U.P.
- Paus, A. (1994). Economic growth through neoliberal restructuring? Insights from the Chilean experience. *Journal of Developing Areas*, 29(1), 31-56.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Cambridge UP.
- Seligman, E. R. (1905). *Essays in Taxation*. Nueva York: Columbia U.P.
- Siep, L. (2010). Recognition in Hegel's Phenomenology of Spirit and Contemporary Political Philosophy. En H.-C. Schmidt am Busch

- y C. Zurn (Eds.), *The Philosophy of Recognition. Historical and Contemporary Perspectives* (pp. 107-128). Lanham: Lexington Books.
- Stiglitz, J. E. (2000). *Economics of the Public Sector*. Nueva York: W.W. Norton y Company.
- Streeck, W. (2012). Citizens as Customers: Considerations on the New Politics of Consumption. *New Left Review*, 76, 27-47.
- Streeck, W. (2014). *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*. Londres: Verso.
- Taylor, C. (1985). The Concept of a Person. En C. Taylor, *Human Agency and Language. Philosophical Papers 1* (pp. 97-114). Nueva York: Cambridge U.P.
- Waldron, J. (1988). *The Right to Private Property*. Oxford: Oxford U.P.
- Wenzel, M. (2003). Tax Compliance and the Psychology of Justice: Mapping the Field. En V. A. Braithwaite (Ed.), *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Tax Evasion* (pp. 41-69). Aldershot: Ashgate.

El papel de la solidaridad en el fundamento del Derecho Tributario: análisis de la solución de reconciliación propuesta por Francisco Saffie en la racionalidad de los impuestos y la idea de reciprocidad frente a la noción de ciudadanía fiscal

The Role of Solidarity in the Foundation of Tax Law: An Analysis of the Reconciliation Solution Proposed by Francisco Saffie in the Rationality of Taxes and the Idea of Reciprocity Against the Notion of Fiscal Citizenship

Eurico Marcos Diniz de Santi*

Recepción: 28/08/19

Evaluación: 28/08/19

Aceptación final: 29/08/19

Resumen: Este artículo explora la idea de propiedad por medio de la tributación, frente a la simplicidad, transparencia, ciudadanía fiscal, reforma tributaria, defendiendo la noción de reciprocidad en los impuestos.

Palabras clave: propiedad, tributación, simplicidad, transparencia, ciudadanía fiscal, reforma tributaria y reciprocidad tributaria.

* Máster y Doctorado en Derecho Tributario por la Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Profesor de la Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, Brasil. Director del Centro de Ciudadanía Fiscal- CCiF. Correo electrónico: eurico.santi@fgv.br

Abstract: This article explores the idea of property through taxation, in light of simplicity, transparency, fiscal citizenship, tax reform and provides the notion of reciprocity in taxation.

Keywords: property, taxation, simplicity, transparency, fiscal citizenship, tax reform and tax reciprocity.

1. Introducción

El punto central de este ensayo es debatir los esbozos construidos por Francisco Saffie en su artículo sobre la racionalidad de los impuestos, en el cual analiza los problemas existentes en el derecho tributario contemporáneo, critica algunas soluciones sugeridas y, finalmente, construye una propuesta alternativa basada en la solidaridad como práctica. La idea principal del autor es deconstruir la noción que denomina el paradigma clásico del derecho tributario, basado en la noción de propiedad privada *versus* impuestos como propiedad privada *justificada* por la tributación.

Inspirados en Saffie, analizaremos qué elementos deben observarse para apoyar la idea de propiedad mediante la solidaridad, a través de tres conceptos: simplicidad, transparencia y ejercicio de la ciudadanía fiscal, como instrumentos para superar la alienación y las deformidades de la legalidad que marcan los problemas de la tributación en Brasil, sugiriendo la proyección de la narrativa consagrada de la *solidaridad* en dirección a la *reciprocidad*. Los desafíos de Brasil preceden a la noción de solidaridad. La complejidad del sistema brasileño donde tres entes federativos (Unión, 27 Estados y 5670 Municipios) detentan competencias impositivas propias, obliga que el contribuyente interprete millones de legislaciones dispersas y desarticuladas, fomentando la industria del litigio que flexibiliza la legalidad y disemina la inseguridad jurídica.

La relación entre fisco y contribuyente está marcada por el distanciamiento y por la desconfianza mutua entre las partes y se revela en una estructura derivada del Patrimonialismo de Estado Portugués, muy bien resumida por Otto Mayer: el derecho constitucional pasa, el derecho administrativo (tributario) permanece.

En ese escenario kafkiano, el manto de la solidaridad funciona como un telón para ocultar la ineficiencia e irresponsabilidad fiscal del Estado brasi-

lero que encubre la máxima “*no taxation without representation*”, mediante la confusión teórica entre contribuyente de hecho y contribuyente de derecho, ocultando la promiscua relación política entre las tres esferas estatales y 20 millones de empresas que, además de nefasta, aleja 200 millones de ciudadanos del debate informado y democrático sobre la carga tributaria y el tamaño de Estado que debería tener lugar en las elecciones.

La tributación se justifica por la primacía de que la convivencia en sociedad exige costos necesarios para el mantenimiento del Estado y que esta idea incluye tanto el ejercicio del derecho de propiedad como la justificación de la tributación por la idea de solidaridad social¹. En Brasil, actualmente, tales derechos a la propiedad y a la tributación (con apoyo en la solidaridad) están siendo utilizados para justificar posiciones antagónicas: sea por parte del contribuyente que maneja la ley para obtener exenciones o que realiza evasión para pagar menos impuestos, sea por parte del gobierno que flexibiliza la legalidad usando la máquina fiscal con el objetivo obsesivo de recaudar más y manipular privilegios (Santi, 2014).

El estudio de las formas lógicas demostró ser un panóptico, una arquitectura jurídica de poder informada por la ausencia de transparencia de la legalidad concreta y de las prácticas de las autoridades fiscales: no hay fórmulas legales, sino estructuras que se ajustan al concepto de “derecho”, gozan de la presunción de “validez” y que, no obstante, generan injusticia e inseguridad jurídica (Santi, 2014, p. 30).

2. Los movimientos de Saffie

Francisco Saffie en su artículo titulado “La racionalidad de los impuestos” señala que el derecho tributario atraviesa por dos tipos de problemas. Uno primero de verificación o legitimidad de la institución, que se presenta en la justificación de los tributos frente a un mundo gobernado por políticas económicas neoliberales. Un segundo problema de aplicación, en que la idea de

¹ Veá mi discurso en el evento realizado con representantes de la Receta Federal del Brasil en el evento denominado “Nova Receita Federal Do Século XXI: eficiência, responsabilidade e accountability”. Disponible en: <https://youtu.be/skK9yH0ZVpY>

un sistema tributario con igualdad económica se muestra ineficiente por aplicación de estrategias de evasión y elusión tributarias por los contribuyentes.

Frente a tales problemas, el autor hace un diagnóstico actual del Derecho Tributario, critica algunas soluciones propuestas para solucionar estos dos problemas, puesto que ellas no dan cuenta de la realidad subyacente de esta área jurídica (una visión eminentemente instrumental) y propone una nueva evaluación de que los impuestos son una práctica de “vida ética y es esencial para la solidaridad” que justifica la existencia en un Estado Moderno garante de la propiedad.

2.1. La identificación de los problemas de legitimidad del derecho tributario

Para el autor, los impuestos poseen la finalidad de redistribución y financiamiento de los gastos públicos, basado en un ideal de igualdad que se presenta como pilar de los sistemas políticos democráticos. Considera que tales finalidades vienen siendo dejadas de lado por dos motivos: (i) un discurso que pone en duda la legitimidad de la redistribución política y económica de carácter inmediata; (ii) la insuficiencia del Derecho Tributario para materializar las consecuencias legales que debería tener con respecto a la recaudación, este con carácter jurídico inmediato, pero también político y económico mediato.

En lo relativo a legitimidad de la redistribución, presenta los problemas derivados del carácter económico. Según el autor, la legitimidad fue atacada desde este punto de vista, frente a la sensación de falta de retribución (pago de los impuestos y falta de prestaciones públicas), visión de que los recursos provienen única y exclusivamente de los dueños del capital, de la dicotomía de límites entre los impuestos y la propiedad privada, entendiéndose a esta última como un derecho natural, y del fracaso del capitalismo democrático (redistributivo) verificado en la evolución de la política económica de los Estados sucedida en los últimos cuarenta años², bien como un cambio en

² En aquello que se denominó, con base en Streeck, “proceso de des-democratización del capitalismo a través de la des-economización de la democracia”, sobre dos factores: (i) nivel local, disminución del gasto público verificado en políticas de austeridad, disminución de

el modelo económico verificado en la exención del capital privado, la desafectación tributaria de la realización de políticas públicas, con su ejecución por medio de la deuda pública, que se presentó acumulada.

Los problemas sobre este carácter también se presentan por la disparidad existente entre el discurso neoliberal defendido y practicado. Los defensores de las políticas neoliberales argumentan que han mejorado la calidad de vida de las personas en el mundo, principalmente en los países en desarrollo, dado el mayor acceso a los productos y bienes, con un sistema de información que permite la distribución eficiente de recursos.

Sin embargo, la divergencia presentada por Colin Crouch demuestra que la utilización de la política neoliberal produce concentración de poder en empresas multinacionales, que actúan de manera exitosa, por medio de lobby, en el resguardo de sus intereses y evidencian el poder de la riqueza privada sobre la política: mayor desigualdad económica que conduce a una mayor desigualdad política. Estas empresas, en su opinión, son las que realmente se benefician de la libertad económica del neoliberalismo.

Hay una concentración de capital en aquellos que ya poseen su dominio, principalmente por la baja carga tributaria que obtienen: a su vez, frente al mantenimiento de los gastos públicos, la carga de este escenario de exención es soportado preponderantemente por la clase media por medio de los impuestos indirectos. Son estos efectos notados por las políticas neoliberales que causan el problema de legitimidad del sistema tributario.

Con respecto al sentido político, basado en Wendy Brown, el autor afirma que la idea normativa del neoliberalismo entiende a los individuos como unidades de capital humano que compiten entre sí frente a una noción liberal del contrato social, situación que destruye la noción de solidaridad y que justifica los sistemas tributarios progresivos.

En esta perspectiva, el neoliberalismo entraría en conflicto con la solidaridad y este conflicto tiene el poder político de impactar en la legitimidad y en la insuficiencia del Derecho Tributario para lograr sus objetivos con respecto a la recaudación.

la carga tributaria del capital y de los mercados financieros y privatización de los servicios públicos; (ii) nivel global, especialmente en Europa, estructura de integración internación que dificultaron más la toma de decisión mediante procedimientos democráticos.

2.2. Una reconstrucción teórica del estado actual del derecho tributario. El paradigma clásico

Saffie entiende que los problemas de legitimidad del derecho tributario residen en los presupuestos por los cuales se construye el diseño institucional del derecho tributario actual, dado que se apropia de una relación entre propiedad privada e impuestos, útil para las políticas neoliberales.

De acuerdo con el paradigma clásico, los impuestos solo se justifican con el consentimiento de los individuos y de sus intereses individuales, siendo así medios para un fin a favor de la sociedad civil. Este paradigma se construye sobre tres elementos: (i) los impuestos se justificarían como instrumentos para la recaudación fiscal; (ii) una concepción de los individuos como seres puramente racionales; y (iii) de acuerdo con una concepción de la propiedad privada como derecho natural, opuesto a los impuestos.

El autor describe la definición dada a los impuestos por Seligman, como medios económicos que el gobierno puede obtener coercitivamente de los contribuyentes para el financiamiento de sus actividades, esto es, gastos de interés común de todos. De esta forma, el carácter obligatorio se justifica en virtud de un beneficio directo y común para los individuos.

Hobbes, en su obra *Leviatán*, refiere que la justificación de los impuestos se da en el hecho de que proporciona los medios económicos necesarios que permiten al representante soberano cumplir sus funciones. Locke da la misma justificación instrumental de la tributación, en *Second Treatise of Government*, en que los impuestos deben ser pagados para que el gobierno pueda dar protección a los derechos naturales de los individuos y también por Rawls, que caracteriza los tributos con dos funciones distintas, la correctiva y la distributiva. Los tres autores definen los impuestos como una forma instrumental de alcanzar los beneficios directos de los individuos que firman el contrato social.

El segundo elemento que compone el paradigma clásico se refiere a la naturaleza de las personas. Según esta concepción, los individuos son seres puramente racionales, con cierto estatus moral y portadores de derechos, los que se caracterizan por tener un razonamiento instrumental en relación a los fines que consideran valiosos, guiados por su propio interés. Por lo tanto, la autoridad y la validez de las normas, morales o jurídicas, dependen

de si operan de acuerdo con la racionalidad humana, ya que solo se cumplirán si se consideran racionales y en interés de los individuos.

El tercer elemento corresponde a la idea de que la propiedad privada es un derecho natural. Esta concepción tuvo origen en el siglo XVII en las teorías contractualistas del Estado, el que tiene la función de proteger los derechos naturales de las personas. Nozick, siguiendo la comprensión común de las teorías liberales de la justicia, entiende que los impuestos son pagos voluntarios para financiar las actividades que los individuos destinan al Estado mínimo. Según Saffie, Nozick al aplicar esta idea requiere una justificación para el pago de los tributos, ya que de lo contrario sería equivalente a un “robo coercitivo del Estado” invasivo del derecho natural.

Saffie afirma que este paradigma clásico del derecho tributario dio origen a la forma institucional del derecho tributario actual, el cual se sistematiza a partir de su teoría general: el deber jurídico del contribuyente de pagar impuestos tiene un derecho correlativo, la pretensión del Estado de cobrarlos.

La relación entre el Estado y el contribuyente transforma la obligación tributaria en una relación jurídica, en la cual el hecho imponible representa la voluntad del Estado. Dicha estructura es, en opinión del autor, un límite para la interpretación analógica de la función del derecho tributario, ya que sin la satisfacción del hecho imponible por el contribuyente, no existe obligación legal de pagar impuestos. Por lo tanto, dicha obligación se encuentra en desventaja en relación a la protección de la propiedad privada (propiedad privada *versus* tributación).

En la perspectiva de Saffie, son dos las propuestas para solucionar el paradigma clásico y ambas son insuficientes. La primera es la justificación liberal igualitaria de los impuestos y la segunda es la idea de una legislación basada en principios.

2.3. La justificación liberal igualitaria de los impuestos

Saffie explica que la tradición liberal igualitaria, relatada por Murphy y Nagel en la obra *The Myth of Ownership*, considera asumir la justicia de los sistemas tributarios como asunto político e independiente del principal problema en las discusiones sobre justicia y política tributaria. Establecer

un principio de justicia para determinar cuánto debe pagar cada contribuyente y cuántos recursos transfiere el gobierno a cada uno, no es suficiente. Se debe considerar cada sistema económico en su totalidad, con miras a la recaudación y a los gastos públicos.

Asumir que la distribución del mercado es justa, independientemente de los efectos de los impuestos y del sistema convencional de los derechos, como lo hace el patrimonio tributario, es llamado por ellos “libertarismo de cada día”, y abandonarlo significa entender la propiedad privada como un derecho convencional, definido por un complejo esquema de reglas, entre las cuales se incluyen los impuestos, que se justifican de acuerdo con una determinada teoría de justicia.

Saffie concluye, por lo tanto, en que no se puede discutir sobre la justicia antes o después de los impuestos, teniendo la concepción de que la justicia distributiva retoma la discusión acerca de la tributación y de la propiedad privada. Por lo tanto, los sistemas tributarios poseen dos funciones principales: (i) definir la división entre público y privado y, (ii) determinar la distribución del producto social entre propiedad privada y bienes públicos.

2.4. Una alternativa: entender que la legislación tributaria se construye sobre principios jurídicos

Saffie afirma que la alternativa más relevante presentada para superar los problemas del derecho tributario basados en las limitaciones de la teoría de la obligación tributaria general es la sustitución de la estructura de reglas por una de principios, en los términos propuestos por Judith Freedman. Esta alternativa sería suficiente para descartar los casos de elusión tributaria que se apoyan en reglas bajo la justificación de que la tributación no estaría allí prevista.

Como Saffie señala, Freedman defiende que una legislación basada en principios sería suficiente para captar la necesaria intención del legislador y cuando esta no quedase expuesta de manera clara, podría presentarse como una guía con criterios de cómo localizar dicha voluntad. Así sería posible distinguir la *intención de la ley* -elementos accesorios presentados por el legislador- de la *voluntad de la ley* -elementos que se atribuyen a la ley frente al proceso de interpretación.

En este sentido, la utilización de una legislación basada en principios dejaría en claro cuál era la sustancia basada en la voluntad del legislador, sin que sea posible al contribuyente rebelarse contra ésta frente a una justificación jurídica en sustitución a una obligación moral. Este tipo de legislación no sería una legislación finalista, sino una que establecería principios y criterios claros para la decisión del legislador, generando un deber particular y concreto de pagar impuestos.

Saffie critica esta solución por entender que el análisis del derecho tributario sobre una cuestión principialista lo convierte en una categoría vacía, ya que no tendrá un contenido sustantivo (a pesar de prometer uno), además de poner en peligro la idea de legislación y aplicación, causando dos consecuencias: mantenimiento de la falta de legitimidad y falta de comprensión entre la forma y la sustancia; no hay un derecho tributario que pueda ser aplicado al caso particular, a no ser por medio de una legislación específica.

La crítica final a esta teoría es que carece de utilidad para resolver el paradigma clásico. En conclusión del autor, el problema de la insuficiencia del Derecho Tributario para cumplir sus consecuencias de recaudación se basa en el paradigma clásico, existiendo una interdependencia de ambos, lo que justifica, de hecho, apuntar a tal solución primero y con esto una solución de ambos problemas.

2.5. Una reconstrucción alternativa de la racionalidad del derecho tributario en líneas de la filosofía del derecho de Hegel

Saffie señala la necesidad de redefinir el paradigma clásico, promoviendo una racionalidad sustantiva distinta de la instrumental existente. Para esto, señala que la mejor comprensión del derecho tributario supone entenderlo como la forma institucional de una práctica con un bien interno: el reconocimiento recíproco.

Con fundamento en Alasdair MacIntyre, afirma que una práctica consiste en una actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intenta lograr los modelos de excelencia individual. El bien interno se

presenta cuando una persona realiza una práctica con interés propio para los fines que presenta, a diferencia de los bienes externos, que son justificaciones distintas de la realización de una acción determinada por sí misma.

Las prácticas, en opinión del autor, también se diferencian de las instituciones. Mientras que las prácticas se refieren al bien interno, las instituciones se refieren a los bienes externos. Esta diferencia estaría basada en un ideal de virtud (bien interno) frente a un ideal de bienes materiales y poder (bien externo). Sin embargo, ambos están estrechamente relacionados, ya que los bienes internos solo se sostienen a lo largo del tiempo cuando están conectados a los bienes externos. Por lo tanto, existe una relación directa entre los bienes internos y los bienes externos (prácticas de las instituciones), una relación de justificación.

Frente a esta constatación, Saffie afirma que la idea de Hegel sobre individuos y comunidad política es relevante para verificar el bien interno en una práctica. En su opinión, solamente existirá un individuo cuando éste sea considerado ante una comunidad política: surge la posibilidad de reconciliar la antigua idea de comunidad ética con la noción moderna de individuo.

En este intento de reconciliación el autor trabaja dos puntos: primero aborda la noción de individuo frente a la idea de reconocimiento; y, frente a esta noción, señala una relación entre tributación y reconocimiento.

La idea de reconocimiento siempre estará ligada con una interacción obtenida en el entorno social³. Las prácticas e instituciones estarán vinculadas en esta perspectiva frente a las ideas de derecho y solidaridad, vinculación que, en su opinión, es negada por el concepto instrumental de los tributos planteado en el neoliberalismo.

La conclusión principal de Saffie es que los sistemas tributarios pueden ser considerados como una práctica a partir de la cual se puede aprender sobre la virtud de la dependencia mutua. Frente a dicha constatación, el autor busca defender la idea de que la propiedad privada y los impuestos

³ Como se sostiene, tenemos esferas de reconocimiento que se dividen en etapas (individuo, persona y sujeto), distintos modos (familia, sociedad civil y Estado) y diversos contenidos (relación afectiva, personalidad jurídica abstracta e idea de particularidad individual de realización universal por medio de la solidaridad).

son conceptos inseparables, dos caras de una misma moneda, apartando la idea de derecho natural de la propiedad. Esto se debe a que los impuestos son los medios para subsidiar al Estado, que a su vez, garantiza el espacio de libertad y la propiedad para todos.

Tal conclusión lleva a otras dos conclusiones. Primero, la innecesaria justificación de la redistribución: lo que surge como redistribución es una consecuencia necesaria de un derecho universal de propiedad privada, siendo el derecho tributario como expresión de la solidaridad. Segundo, la obligación de pagar impuestos puede justificarse con nuevos fundamentos, que ya no dependen más de la voluntad de los individuos, sino de un desdoblamiento del derecho de propiedad.

3. Propiedad, solidaridad y el sistema tributario

En Brasil, Petronio Baptista de Araújo, en 1954, ya daba cuenta que “la obligación tributaria y el derecho de propiedad son elementos interdependientes, ya que la propiedad individual es garantizada precisamente con los medios de los que el Estado dispone, obtenidos a través de la contribución de sus jurisdicciones” (Jamur, 2005, p. 94).

Más recientemente este punto de vista también fue presentado por Gilmar Ferreira Mendes, aclarando que la “tributación presupone la propiedad privada” de modo que un Estado fundado en la necesidad de ingresos tributarios es, ante todo, un Estado que protege la propiedad privada, siendo el impuesto la fuente primaria de los ingresos públicos para el sostenimiento del Estado y de sus funciones erigidas en la carta magna brasilera (Mendez, 2018, p. 1540).

En el derecho en general esta noción puede ser vista en las obras de Ihering, que ya desarrollaba la idea de que la propiedad solamente podía tener lugar en un contexto de sociedad, que a su vez tiene como génesis la solidaridad (Pereyra, 2007, p. 6).

Esta noción sigue siendo contemporánea, principalmente frente a los problemas de legitimidad de la institución del impuesto y el incumplimiento de las obligaciones tributarias, situaciones que atacan las finalidades

de redistribución y financiamiento de los gastos públicos frente al ideal de igualdad, como indica Saffie.

Aún si tomáramos esta premisa de que el paradigma clásico retratado se muestra equivocado y que la propiedad y la tributación son dos caras de una misma moneda, todavía queda la cuestión de cómo alcanzar esta visión en la sociedad de modo de presentar el *enforcement* para la legitimidad y el pago del tributo.

Como dije en la introducción del presente trabajo, los desafíos de Brasil preceden la noción de solidaridad, principalmente frente a una herencia del Patrimonialismo de Estado Portugués que puede ser muy bien resumida por Otto Mayer: el derecho constitucional pasa, el derecho administrativo (tributario) permanece.

Para que se tenga una idea, la legislación constitucional brasilera estipuló que la propiedad no es un derecho absoluto y que deberá cumplir con la función social (art. 5º, XXIII) y frente a esta dirección principialista estableció una vinculación directa entre propiedad y tributación cuando verificado que la propiedad no cumple con esta función, establece un impuesto progresivo en el tiempo (art. 182, §4º, II). Incluso con esta relación- propiedad/ solidaridad- de manera explícita, los problemas de legitimidad y de cumplimiento de la obligación tributaria también subsisten en Brasil.

Ideas como la complejidad del sistema tributario y la ocultación de ineficiencias e irresponsabilidad apartan al ciudadano del debate sobre la tributación. Tomando la premisa de que la propiedad se da por la tributación, con apoyo en la solidaridad, ¿cuál será la gradación de una o de otra para tener un equilibrio posible que permita la existencia de legitimidad tributaria y cumplimiento de las obligaciones tributarias? Y más que eso, ¿las constataciones en este plano genérico resuelven el problema de la legitimidad y del cumplimiento de la obligación tributaria?.

Incluso si el ciudadano comprendiera que necesita pagar impuestos para vivir en sociedad frente a su carácter redistributivo y de la necesidad del financiamiento de los gastos públicos, aun así tendremos que saber cuál es la carga tributaria que debe pagar y si hay opciones lícitas, si es posible elegir la carga tributaria, así como el modo de recaudar los impuestos a las arcas públicas. La falta de legitimidad puede estar en un punto diferente, como por ejemplo, en una carga tributaria excesiva o, frente a una variedad

de cargas tributarias, una de ellas le sea impuesta una de ellas cuando el contribuyente tenía otra opción.

Esta idea de (i) propiedad *versus* tributación o (ii) propiedad (sociedad) *por medio de la* tributación está en la esencia de la historia del Derecho Tributario, en la cual se constató la evolución de un Estado Patrimonial a un Estado del siglo XXI, pasando por un Estado Democrático de Derecho. En el estadio actual, no es posible seguir hablando de una tributación exacerbada para el mantenimiento de la dignidad de todos dentro del grupo social. Dicha afirmación tiene lugar en un contexto de demanda interminable por recursos para que el Estado cumpla los objetivos contenidos en las constituciones⁴.

Pero ella no se muestra aislada. La falta de legitimidad puede estar apoyada, en algunos países, no en el pago del impuesto, sino en la falta de comprensión del sistema tributario o en la identificación de que no hay redistribución, y que el financiamiento de los gastos públicos se realiza con una gran dosis de ineficiencia. En Brasil, por ejemplo, hemos visto situaciones económicas y sociales que alejan o mitigan los ideales de solidaridad.

El sistema tributario es hipercomplejo⁵, diversos y sucesivos escándalos de corrupción, errores de gestión de los asuntos públicos y falta de prestación de servicios públicos básicos que el Estado se propone desarrollar, como salud, educación y seguridad, los cuales también tienen una perspectiva redistributiva, impulsan la disminución del vector de la solidaridad, así considerada la transferencia de riqueza al Estado, y causan un aumento del vector de preservación de la propiedad privada (Gonçalves, 2002, p. 76).

Los datos demuestran que desde los años 90 se tiene la idea de que el Estado no posee más condiciones para administrar la redistribución y el financiamiento del gasto público frente a la clara ineficiencia, con una gra-

⁴ Para una noción completa de esta idea véase Shoueri, L. E. (2017).

⁵ Appy, B. et al (2019a). El problema de la gran complejidad del sistema tributario se presenta en un primer momento por la cantidad de legislaciones existentes, para tener una idea, en lo relativo a la tributación sobre el consumo de competencia exclusiva de los Estados Federados podemos llegar a tener 8.790.120 sistemas que se entrelazan. Ver: Arquitetura da destruição: o ICMS e seus 8.709.120 sistemas Disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arquitetura-da-destruicao-o-icms-e-seus-8-709-120-sistemas-24062015>> Consultado el 6/08/2019.

dual y constante alteración de funciones y recursos públicos para los entes privados, como organizaciones no gubernamentales (Jamur, 2005, p. 491).

Esto quiere decir que la centralización de aquello que en otros tiempos se tuvo como el mantenedor de un estatus social que giraba alrededor de la propiedad, y por eso necesitaba de recursos, hoy se presenta como un ideal de limitación estatal y mayor preservación del patrimonio en la mano del particular para que este pueda desarrollar su entorno frente a la libre iniciativa.

Frente a este escenario, considero que la defensa del ideal de asistencia mutua basado en la primacía de la solidaridad estrechamente ligado en la propiedad no es suficiente para solucionar los problemas de legitimidad y cumplimiento de las obligaciones tributarias, a pesar de ser necesario. Esto se debe a que, como bien expresa José Casalta Nabais, esta idea de solidaridad como rescate de un principio del estado social capaz de justificar la legitimidad y cumplimiento de las obligaciones del Derecho Tributario casi siempre implica una mayor expansión e intensificación de la tributación más que su limitación (Nabais, 2015, p. 575).

El impuesto sobre productos industrializados (IPI) es un ejemplo de esta realidad. No obstante, su legislación ha sufrido pocas alteraciones desde su establecimiento en 1960, se observan cambios de criterios en su aplicación para mantener su recaudación. El proceso de desindustrialización prematuro brasilero, iniciado en los años 80, demuestra una pérdida relativa de importancia de la recaudación del referido impuesto, principalmente frente al “aumento del protagonismo del sector de servicios y un mayor valor agregado en las etapas previas y posteriores a la producción” (Santi, 2019, p. 174). La confluencia de estos dos factores hizo que el gobierno recurriese a una cuestión interpretativa para expandir la base del cálculo tributario y de este modo mantener los índices de recaudación aun con la caída de la actividad económica industrial (Santi, 2019, p. 175).

Por dichos motivos concretos, el encuadramiento que haremos de la solidaridad como una práctica ligada a la propiedad no se asemeja a la utilizada en el texto. Trabajaremos una idea paralela a la presentada por Saffie, sin refutar sus argumentos sino presentando otros puntos de vista para, finalmente, defender también la idea de reciprocidad.

Como bien señala James Alm (2007), las Administraciones Fiscales alcanzan los mejores resultados cuando comprenden que en esta relación

fisco - contribuyente hay una diversidad de factores además de los económicos, no siendo determinantes los de orden financiero para el aumento de la evasión fiscal a niveles elevados principalmente en países con un bajo costo de cumplimiento de obligaciones tributarias (compliance fiscal).

En la empresa de Richard Bird (1992), Alm demuestra que, junto con auditorías y fiscalizaciones eficientes, la situación que ayuda a los mejores resultados en el cumplimiento de las obligaciones tributarias es la construcción de una relación de confianza con los contribuyentes, especialmente, cuando se alinean las normas tributarias con las normas sociales⁶.

Hay consenso en cuanto a que la falta de confianza está en la raíz de los grandes dilemas fiscales y actuales en Brasil (Coehlo, Santi, 2011). Por lo tanto, no basta comprender que la propiedad no es un derecho natural, sino entender en qué medida ella podrá ser utilizada para fines individuales y para fines colectivos, esto es, lo que el particular puede preservar en su esfera de poder y lo que puede ceder al medio social para el mantenimiento de este derecho.

Argumentaremos en este simple escrito que la solución de los problemas de legitimidad y cumplimiento de las obligaciones tributarias más allá de la idea de solidaridad también es imprescindible la ocurrencia de algunas características concretas del sistema tributario observadas en la sociedad: simplicidad y transparencia (Santi, 2019).

La constatación de tales características permite observar la idea de ciudadanía fiscal: el empoderamiento del ciudadano frente al sistema tributario, permitiéndole comprender *qué, cómo, cuánto, cuándo y dónde* se adeudan los impuestos, influyendo o no en su institución y, por otro lado, pudiendo, también, posicionarse contra medidas ilegales en el intento de recaudar los impuestos y exigir medidas sensibles frente a los demás particulares y en relación con los servidores públicos.

⁶ Un buen ejemplo es el caso de Australia. Información sobre la reforma fiscal australiana está disponible en el sitio de Australian Taxation Office (www.ato.gov.au) y del Board of Taxation (www.taxboard.gov.au). Recomendamos la lectura de los siguientes documentos: "Improving Tax Compliance in the Cash Economy"; "Developing effective compliance strategies - guide for compliance offices (elaborado por el Cash Economy Task Force)", "Post-implantation review into certain aspects of the consolidation regime - Discussion Paper" (elaborado por el Board of Taxation).

Confianza y ciudadanía fiscal son, en mi opinión, los elementos claves para la solución de dichos problemas y su instrumentalización se debe a la simplicidad y transparencia de un sistema fiscal. Tales elementos son los pilares de la reciprocidad fiscal que debemos tener para eliminar los problemas de legitimidad y la falta de cumplimiento de la obligación tributaria.

4. “La simplicidad es la máxima sofisticación”: Magister Leonardo Da Vinci Dixit

El valor “simplicidad” como directiva de un modelo de tributación significa sostener que la actividad recaudatoria debe ser libre de complejidad y de fácil comprensión para el contribuyente y el Estado, garantizándose la facilidad y la seguridad jurídica necesarias para el pago del tributo y el cumplimiento de las obligaciones accesorias (Santi, 2016).

La complejidad de un sistema tributario causa parálisis. No es posible saber con precisión qué tributo pagar y cuándo pagar. Solo la comprensión de la hoja de la ley libera al ciudadano de la indiferencia autoritaria. Sin la comprensión de la ley no soy libre, ni para pagar el tributo ni para no pagarlo (Rawls, 1993). Esta visión permite afirmar que la falta de comprensión de la ley incide en su sensación de inexistencia. Por lo tanto, sin la comprensión de la ley todo está permitido y nada es obligatorio (Ferraz Junior, 2012). Frente a esta paradoja tributaria ¿cómo es posible exigir la obligación tributaria?

Es notoria la complejidad del sistema tributario brasilero (Appy, 2016), debido a varios factores, entre ellos la cantidad de tipos de normas (constitución, ley complementaria, medida provisional, ley ordinaria, decreto, ordenanza) y también por el volumen de producción de cada uno de estos tipos, sumado a la ausencia de una interpretación oficial unificada por parte del Fisco, causando aquello que Luiz Roberto Peroba denominó como avalancha de normas tributarias (2013, p. 321), con impacto directo en la cantidad de horas para cumplimiento de las obligaciones tributarias y en el volumen de litigios administrativos y judiciales. Es en esta complejidad donde reside la sensación de que las conductas no están reguladas y de que hay exceso de margen interpretativo de la ley, lo que resulta en ampliación

de la tributación por parte del fisco y disminución de la tributación por parte del contribuyente.

Lo que se verifica en los últimos años en Brasil no es que el contribuyente está fuera de la tributación, sino la duda sobre qué y cuánto pagar: diversos contribuyentes incluso ya aceptan el aumento de la carga tributaria si ella se presenta como definitiva y desprovista de gastos accesorios. La situación aquí, por lo tanto, no es de falta de legitimidad o incumplimiento de la obligación que se sabe con certeza que es debida, sino que se trata de una verdadera y real duda.

Sin leyes claras, objetivas y simples, ni el buen contribuyente sabe cuándo debe pagar el tributo. Sin leyes claras, objetivas y simples la autoridad tributaria vacila y pierde su principal atribución como Estado: ejercer la competencia privativa de aplicar la ley para constituir el crédito fiscal. Sin leyes claras, objetivas y simples, no hay competencia, ni autoridad.

Históricamente la tributación se basa en una idea de acuerdo por medio de una deliberación previa del órgano competente que estipula cuándo y cuánto pagará determinada comunidad y, posteriormente, controla el uso de tales recursos (Shoueri, 2017, p. 291). Como bien señala J.J. Ferreiro Lapatza “sean los propios ciudadanos a través de sus representantes quienes determinen el reparto de la carga tributaria y, en consecuencia, los impuestos que a cada uno de ellos se le pueden exigir” (1989, pp. 7-10).

Sucede que esta idea se presenta equivocada frente a un sistema complejo. La población representada no comprende lo que se deliberó y qué impuesto se debe pagar en una determinada situación de espacio y de tiempo, por lo tanto no puede controlar dicho impuesto.

Por esto la tributación necesita ser simple para ser enseñada, para ser entendida, para ser aplicada. Establecer el valor “simplicidad” como directiva de un modelo de tributación significa sostener que la actividad recaudatoria debe ser libre de complejidad y de fácil comprensión para el contribuyente. Simplicidad es la cualidad de lo que no presenta dificultad u obstáculo.

El sistema tributario dotado de simplicidad se traduce en un modelo de fácil manejo para aquellos que lo operan y tienen como objetivo cumplir el deber legal de pagar el impuesto adeudado y proporcionar las informaciones necesarias, sin obstáculos burocráticos y trampas interpretativas,

propiciando plena comprensión al contribuyente: el contribuyente debe pagar e informar aquello que le es exigido, no cabiéndole la responsabilidad de interpretar y conocer profundamente la legislación tributaria.

La simplicidad es una virtud. Pero no es una virtud que se añade a la existencia. Es la propia existencia en la medida en que nada se añade a ella. Por esto, es la más ligera de las virtudes, la más transparente y la más escasa (Sponville, 1997, p. 163). Nada hay más simple que la simplicidad. La simplicidad no simula, no tiene artimañas, ni secretos, ni segundas intenciones. La simplicidad respeta al hombre común: es la virtud de los sabios, es la sabiduría de los santos (Sponville, 1997, p. 170).

Por eso este valor es relevante. Tenemos una línea lógica de simplicidad, comprensión, legitimidad y cumplimiento de la obligación tributaria. La “complejidad es insoportable para el ser humano” (Adeodato, 2014, p. 185), lo que se busca en todo momento como piedra de toque del derecho, para usar la feliz expresión de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 55), es la conversión de posibilidades en probabilidades y frente a la complejidad no es posible conocer las probabilidades.

Tal simplicidad puede verificarse mediante la búsqueda de la reducción del número de impuestos, por la simplificación de la legislación y los costos burocráticos para poder pagar para la tributación (Shoueri, 2017, p. 53).

La idea de simplicidad está en el seno de la tributación. Actualmente se muestra como un gran desafío principalmente frente al *modus operandi* del sistema brasileiro, pero sin dudas es una de las mayores sofisticaciones de una sociedad en el siglo XXI y, por lo tanto, debe ser aspirada y ser alcanzada en la mayor escala posible.

5. Transparencia y control social de la administración tributaria. “La luz del sol es el más poderoso de todos los desinfectantes”. Louis Brandeis

Existe la idea de que la simplificación genera transparencia. Tal situación, sin embargo, no sucede. Principalmente cuando la simplificación extiende la idea accesoria de ausencia de contacto con las autoridades fiscales, pues si la legislación es simple no es necesario “perder” horas con la burocracia

del fisco. Esta ausencia de contacto tiende a causar menos transparencia, situación que demuestra que las nociones de transparencia y simplicidad son complementarias y no están necesariamente implicadas (Bird, 2013, p. 184).

En el libro *Kafka, Alienação e Deformidades da Legalidade* contamos una historia ficticia que demuestra la crónica de la muerte anunciada del secreto fiscal en Brasil. En la historia, se relata el caso de un funcionario público al que llamo Señor “K” que posee una carrera ejemplar y siempre entendió que una operación denominada “X” no era pasible de tributación sobre el consumo. Del otro lado, la empresa “S” que realizó la operación “X” en los últimos cinco años⁷, siempre guiada por consultores técnicos, también entendió que la operación no estaba sometida a la tributación sobre el consumo.

Frente al secreto fiscal existente en Brasil, la empresa “S” no tiene acceso a los criterios normativos utilizados por el auditor “K” con respecto a las operaciones “X” de otras empresas del mismo rubro. Frente a un cambio político en el órgano responsable con fines de aumentar la recaudación se realiza un reexamen y la posición del órgano comienza a entender que es posible considerar las operaciones “X” pasibles de tributación sobre el consumo. Aunque el auditor “K” entiende que tales operaciones no están gravadas, reconoce que es posible una interpretación para justificar la tributación, situación que causa un dilema: (i) no gravar y ser funcionalmente responsabilizado; (ii) redactar el acta de infracción e ir en contra de su comprensión personal de la historia y la coherencia de la no tributación de esta operación determinada⁸.

Con base en la asimetría de información y para poder justificar este dilema es que está previsto el secreto fiscal en Brasil. La idea es la ilusión u ofuscación fiscal como estrategia para eludir los procedimientos de legi-

⁷ En Brasil, generalmente, el fisco posee el plazo de cinco años para examinar las operaciones y constituir el crédito fiscal contra el contribuyente. Para obtener más información sobre esta sistemática de plazo para la constitución y cobranza del crédito fiscal en el derecho brasilero consulte: Santi, E. M. D. (2011).

⁸ El Código Tributario Brasileiro establece en el art. 100, III, con el ideal de seguridad jurídica, que son normas complementarias tributarias las prácticas observadas reiteradamente por las autoridades administrativas.

timación y elección democrática, manteniendo al público mal informado sobre los efectos de las cargas tributarias, permitiendo el incremento financiero sin los procedimientos legales que justifican dicha conducta (Santi, 2014, p. 400).

Si consideramos que estamos viviendo en la era de la sociedad de la información (Machlup, 1972, p. 13) y que esta es económicamente mensurable, tenemos que la información es un bien. Cuando ella se presenta en un contexto público, de informaciones financiadas por los ciudadanos, tenemos las informaciones como un bien público indisponible (Mello, 2009, p. 73). Como dice Joseph Stiglitz, las informaciones recogidas por los servidores públicos son consideradas bienes públicos, así como otros bienes usados por el gobierno, y no pueden ser, sin la debida justificación, excluidas de acceso (2013, p. 56).

Hay una dilogía entre conocimiento y secreto que afecta directamente a las sociedades democráticas contemporáneas. Uno de los pilares de base de una sociedad democrática es el derecho al conocimiento de las “actividades del gobierno y las razones por las cuales el gobierno lleva a cabo dicha actividad”. Por otro lado, la idea de secreto provoca falta de confianza entre el gobierno y los gobernados (Stiglitz, 2013, p. 48). Así, con el conocimiento tenemos la democracia y con el secreto hay ausencia de democracia, de modo que no es posible sostener una tributación y una privación de la propiedad en situaciones de secreto estatales.

Esto debido a que, en este escenario, es posible aumentar la tributación en cualquier momento mediante procedimientos incorrectos para ello y que no se fundamentan en un ideal democrático de autorización y conocimiento de la tributación (*no taxation without representation*). Así, si el ciudadano, a través de sus representantes, no permite la institución de la tributación o su aumento y esta se lleva a cabo mediante un proceso exclusivamente interpretativo y sin la transparencia necesaria, no hay manera de justificar un ideal de solidaridad, ya que la solidaridad se basa en el conocimiento previo de las acciones que deben implementarse.

Además, el oscurecimiento de las normas (sistemas legales altamente complejos y ocultación de actos de aplicación de la ley) permite que alianzas entre elites políticas y económicas instrumentalicen el Derecho (que pierde su imperio y su autonomía en relación a la política y a la economía):

en otras palabras, el Derecho pasa a ser un mero instrumento utilizado por los referidos grupos para alcanzar intereses privados.

Es por esto que verificamos que una característica relevante para que un sistema tributario sea considerado bueno es la transparencia. Existe una vinculación entre el secreto y la falta de participación ciudadana. Cuando no hay transparencia falta información y esta ausencia provoca la falta de participación significativa del ciudadano en la Administración Pública Fiscal (Stiglitz, 2013, pp. 52, 57), sin la cual no hay forma de defender la solidaridad.

En esta lógica, la ley se convierte en un instrumento de formalización y mantenimiento de privilegios: agentes públicos y contribuyentes están sujetos a los intereses de los grupos dominantes, perdiendo, en vista de la complejidad del sistema, el paradigma y la garantía de la generalidad y abstracción de la ley.

En un sistema tributario transparente es posible tener características elementales para determinar la legitimidad y el cumplimiento de las obligaciones tributarias, ellas son: (i) ofrece certeza y seguridad jurídica a ambas partes del sistema tributario (Estado y contribuyente); (ii) control social sobre los actos públicos y posibilidad de verificación de las justificaciones de los posicionamientos interpretativos; (iii) evita litigios administrativos y judiciales; (iv) protege las instituciones públicas y evita el clientelismo político; (v) evita la creación de nuevas fuentes de ingresos tributarios por mera interpretación; (vi) lleva la cuestión de tributación a un debate republicano⁹.

La idea de transparencia, por lo tanto, está asociada directamente al control social de los actos de la Administración Pública Fiscal frente a un ideal democrático, no solo por aquellos que están directamente involucrados en la tributación o en su incremento, sino principalmente por otros agentes sociales como universidades y órganos no gubernamentales que se dedican al estudio de la tributación en su totalidad.

Cabe señalar también que la falta de transparencia de los actos y de los documentos de aplicación del derecho no solo es un obstáculo a la par-

⁹ Para más características relevantes véase: valorização do servidor público e o controle social do cenário da transparência fiscal. *In* Kafka, Alienação e deformidades da legalidade: exercício do controle social rumo à cidadania fiscal.

ticipación, sino también un obstáculo para la innovación. Las sociedades más exitosas son aquellas capaces de responder a sus desafíos a través de la creación de nuevas formas de recombinar creencias y prácticas institucionalizadas. Para ganar la libertad de crear alternativas originales para la sociedad de modo racional y participativo se requiere tener la capacidad de imaginar nuevas posibilidades y conversar sobre ellas (Santi, Correa, 2017, pp. 88-89).

Es por esto que la frase de Louis Brandeis es una directiva relevante para que el sistema tributario posibilite el equilibrio entre la propiedad y la solidaridad, pues “la luz del sol es el más poderoso de todos los desinfectantes” y esto permite una relación tributaria limpia entre el fisco y la sociedad en su conjunto.

Como afirma Richard M. Bird: “países con sistemas fiscales totalmente transparentes (en términos de conocimiento de costos y beneficios de la tributación) pueden, está claro, mejorar la estructura de sus sistemas tributarios” (2013, p. 191).

La transparencia permite al ciudadano conocer, efectivamente, con cuánto contribuye de impuestos al Estado, de modo que pueda, consciente de la carga fiscal, tomar decisiones de políticas públicas consciente democráticamente. Por otro lado, produce una relación receptiva entre fisco-contribuyente y hace que el contribuyente sepa cómo, por qué, cuánto debe pagar para cumplir con sus obligaciones tributarias.

6. Ciudadanía fiscal. “Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. Abrham Lincoln

La relación de simplicidad y transparencia y su importancia en un contexto social como el brasilero para crear un ambiente de ciudadanía fiscal se presenta frente a los problemas que constatamos actualmente. Trabajaremos la idea del paradigma del *mando/control*, el problema de la falta de comprensión de la legislación, los records de recaudación frente a tal situación, el aumento exacerbado del litigio tributario para dilucidar una primera idea de ciudadanía fiscal y contextualizar la propuesta de reforma tributaria que apoyamos y que actualmente tramita en el Congreso brasilero.

Se denomina paradigma del *mando y control* a la función unilateral del fisco para *calificar y castigar* las conductas de los contribuyentes, situación que en Brasil terminó fomentando el maniqueísmo del *fisco- institución* versus *contribuyente* e indujo en la práctica del derecho tributario una especie de “juego del gato y del ratón” en el que estrategia y astucia se convierten en valores superiores que se sobreponen a la legalidad (Santi, 2014, p. 32).

La legalidad a la que me refiero aquí es la concreta, situada en un contexto de aplicabilidad práctica de la norma jurídica tributaria pensada por el Poder Legislativo para regular las conductas de los individuos. Como ya se mencionó, en Brasil la complejidad y falta de transparencia causan una falta de conocimiento generalizado y reafirma una constante oposición del fisco y del contribuyente.

Esta postura del fisco-institución se erige en nombre de la legítima defensa de los intereses nacionales y termina combinando el endurecimiento de la fiscalización con la flexibilización de la legalidad para preservar los niveles de recaudación (*Base Erosion and Profit Shifting- BEPS*): es lo que llamamos planificación tributaria a la inversa. Situación que termina castigando al buen contribuyente al mismo tiempo que incentiva al contribuyente malicioso a buscar nuevas técnicas para engañar al gobierno (Santi, 2014, 47).

Pero la sustitución del ideal de legalidad por las ideas de estrategia y astucia (vectores de una verdadera guerra) no se presentan solo en Brasil. Se trata, en realidad, de un fenómeno mundial, como lo demuestra John Braithwaite, en el que los contribuyentes que tratan de escapar a las crecientes cargas impositivas de sus países buscan vacíos legales para lidiar con la tributación reordenando las conductas dentro de la planificación tributaria (Braithwaite, 2002, p. 406).

Tenemos un verdadero laberinto impuesto por la complejidad y por la falta de transparencia (bajo la denominación de secreto fiscal). El fisco al mismo tiempo que oculta cómo interpreta y aplica la ley a casos concretos, impone al contribuyente (representado indirectamente por las empresas) el deber de interpretar ciegamente una legislación impositiva incomprensible, reforzando la idea de *mando y control*, pero ahora con una triste realidad: no se entiende el mandato y se es castigado por el control, debido al desconocimiento y no por la violación de mandato (Santi, 2014, p. 37).

El modelo de mando y control es defectuoso por dos aspectos. Por un lado, es ineficiente en la misión de identificar y castigar a los infractores, ya que los contribuyentes que pretenden engañar al fisco-institución al percibir la ineficacia de las auditorías promovidas por el Estado, evaden un volumen incluso mayor de impuestos. Por otro lado, frente a este problema, el Estado se esfuerza por mantener o aumentar el nivel recaudatorio dirigiendo el poder de presunción de validez de los actos administrativos para fomentar una actividad fiscal que trabaja, sistemáticamente, “contra” el “buen contribuyente”, en una lógica perversa en que el gobierno utiliza la “máquina fiscal” para recaudar y con objetivos propios, disociados de la práctica de la legalidad y sin preocuparse por el entorno empresarial, la libre competencia, la competitividad nacional e internacional de empresas (Santi, 2014, p.35).

Este escenario se contextualiza en la experticia del fisco brasileiro en cobrar los impuestos. El Estado brasileiro es cada vez mejor en cobrar los tributos con fundamento en un sistema cada vez peor, recibiendo el nombre de “increíble máquina de recaudar impuestos”¹⁰ principalmente frente a los sucesivos records de recaudación generados en los últimos años por el gobierno brasileiro¹¹ frente a crecimientos económicos ínfimos.

No nos parece que haya nada para celebrar en los records sucesivos de recaudación del gobierno brasileiro sin conocer la consistencia de estos cargos que potencialmente solo retroalimentan la industria del litigio tributario. Los números de litigios en Brasil son completamente alarmantes. Para dar una idea, se estima que Brasil tiene R\$ 4 billones de créditos fiscales que están en discusión judicial o administrativa (Salusse, 2018), cifra que comparada con los R\$ 6,8 billones del Producto Interno Bruto en el año 2018¹² demuestra que el crédito fiscal alcanzó un nivel cercano al 60 % del PBI.

Esta situación es grave cuando se percibe que en Brasil los impuestos están concentrados en las personas jurídicas (directa o indirectamente),

¹⁰ Periódico *O Globo*, editorial publicado el 26/01/2014. Disponible en: <https://oglobo.globo.com/opiniaao/a-incrivel-maquina-de-arrecadar-impostos-11399031> > Consultado el 16/08/2019.

¹¹ Vea noticias en este sentido en: (i) < <http://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2018/fevereiro/receita-federal-bate-recorde-em-autuacoes-em-2017> > Consultado el 16/08/2019; (ii) < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/03/21/arrecadacao-tem-alta-real-de-53percent-em-fevereiro-para-r-115-bilhoes.ghtml> > Consultado el 16/08/2019.

¹² Fuente: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>

dejando fuera del debate sobre la tributación a las personas físicas. Sucede que no existen personas jurídicas- no tienen existencia propia ni almasiendo una ficción creada socialmente para facilitar la circulación del capital. De hecho, quien paga toda la carga impositiva es el ciudadano corporificado en la persona física. Pero esta visión no se presenta solo del lado del contribuyente, sino que también está en el concepto de Estado (o de entidad tributante). Por detrás del cargo público que integra esta entidad también hay una persona física.

Frente a dicho escenario, los elementos de simplicidad y transparencia se vuelven hacia la persona física confiriéndole poderes para participar del debate político tributario sobre *qué, cómo, cuándo y cuánto* tributar. Aquí es donde ingresa el concepto de ciudadano fiscal.

El concepto ciudadanía está directamente asociado con la “integración participativa en el proceso de poder”, como una medida para el mejoramiento de todos los individuos que se encuentren insertos en un contexto social (Silva, 2012, p. 38). Presenta un ideario de consciencia de congruencia de la parte para con el todo.

La idea de ciudadanía como participación presupone los dos elementos que ya hemos abordado: simplicidad y transparencia. Esto porque para participar es necesario conocer primero en qué se puede participar y en segundo lugar comprender cómo se lleva a cabo esta participación. Por lo tanto, en la transparencia tenemos la posibilidad de conocimiento y en la simplicidad la posibilidad de comprensión. Cuando el individuo conoce y comprende su papel en relación con el todo, tiene la posibilidad de participar realmente de la construcción de esto pudiendo interferir y sentirse, por lo tanto, parte de él.

Es en esta línea que Walber de Moura Agra señala la idea de ciudadanía activa, clasificando un tipo de ciudadanía no solo en el poder de participar de la vida política, sino también en la posibilidad de incorporación por el ciudadano de consciencia de sus derechos y deberes sociales. En este sentido, la ciudadanía debe estructurarse para “contemplar su sentido participativo, en el que una parte significativa de las decisiones políticas pasan a ser ejercidas por el pueblo, en presupuestos participativos, asociaciones, recall (Agra, 2018, p. 121)”.

Esta gradación del concepto de ciudadanía se amolda a la idea de ciudadanía fiscal. La integración participativa en el proceso de poder frente

a la consciencia del individuo para contemplar su sentido participativo se inserta en conocer y comprender el sistema tributario para que se pueda participar de su construcción, implementación, operacionalización, y también verificar si las finalidades distributivas y de financiamiento estatal se presentan en los niveles de cantidad y de calidad esperados, construyendo así el tipo de Estado que se espera.

La idea de ciudadanía fiscal, por lo tanto, pasa por un ideal de conocimiento y comprensión del sistema tributario para que se pueda participar activamente de él y esta posibilidad participativa cause un empoderamiento del individuo que pasa a no ser más el antagonista del gobierno fiscal, sino que ahora formar parte del gobierno fiscal. La posibilidad de conocimiento genera, en este sentido, el ideal de viabilidad de conferencia de poder frente al conocimiento, que a su vez, proporciona control (Oliveira, 2011, pp. 389, 399).

La participación queda, de este modo, garantizada frente a una calificación que debe ser en todo momento deseada. Simplicidad y transparencia son, por lo tanto, elementos básicos y nucleares que garantizan la idea de ciudadanía fiscal. Como bien dice Ronald Dworkin, la ciudadanía fiscal permite un nivel democrático en el que cada uno de los miembros de la sociedad tiene la misma influencia en la legislación del país, ya sea en su producción o en su interpretación (1999, p. 436).

Tales fundamentos tienen la fuerza para rescatar la legitimidad del sistema tributario y del cumplimiento de las obligaciones tributarias.

7. Una propuesta de reforma tributaria para el Brasil

El sistema tributario brasilero alcanzó un grado de conflicto tan grande debido a su complejidad y distorsión de los incentivos y precios que necesita para alcanzar la idea de ciudadanía una amplia revisión (Appy, 2019b). No se trata de aumentar o reducir la carga impositiva, sino de aportar calidad al sistema tributario brasilero frente a cuatro premisas: simplicidad, transparencia, neutralidad y equidad.

Las dos primeras ya bien destacadas aquí, las dos últimas pueden ser consideradas directamente calificando la neutralidad como una forma de estructuración económica de la tributación de modo que no distorsiona

la organización de las empresas, la tecnología que adoptan, en general, no interfiere en las elecciones de los mercados; mientras que la equidad se presenta en la relación entre los participantes del sistema tributario como una tributación sin privilegios (Torres, 1995, pp. 287-288).

El sistema tributario brasilero no tiene ninguno de estos atributos. No es simple ni transparente. Por no respetar el principio de equidad, es regresivo, sobrecargando más a la porción más pobre de la población que a las familias de mayor renta. Por no ser neutro, es extremadamente ineficiente, perjudicando de sobremanera el crecimiento del país.

Fue frente a estas constataciones que el Centro de Ciudadanía Fiscal (CCiF) desarrolló, en los últimos años, una propuesta integral de reforma impositiva sobre el consumo. Estas ideas fueron materializadas en la Propuesta de Enmienda Constitucional n° 45, de 2019 (PEC 45)¹³ que actualmente se encuentra en proceso en el Congreso Nacional y que ha tomado lugar como una de las propuestas más debatidas.

El foco en el consumo se presentó frente al consenso de que este segmento de la tributación es altamente problemático y explica una parte importante de las distorsiones de nuestro sistema tributario, especialmente por su impacto negativo sobre la productividad y el crecimiento.

Una parte relevante de estos problemas es de naturaleza estructural y está relacionada con la fragmentación de la base de incidencia del consumo en cinco tributos, generados por tres esferas distintas de gobierno (Unión, Estados y Municipios). Esta clasificación de impuestos y repartición de competencias previstas inicialmente en la Constitución, resulta en una infinidad de legislaciones de institución y reglamentación emitidas por las tres esferas de gobierno. Además, cada ente federativo creó sus propios beneficios fiscales, que se dividen en institutos con nombres de regímenes especiales, exenciones, reducciones en las bases impositivas y alícuotas diferenciadas¹⁴.

Otras distorsiones proceden de las características de cada uno de los impuestos sobre el consumo, como los impuestos sobre bienes y servicios

¹³ En Brasil la tributación tiene una larga y descriptiva regulación constitucional.

¹⁴ Esta cantidad de impuestos y de regímenes especiales proovoca una dificultad binaria: el contribuyente para cumplir con las obligaciones tributarias y el fisco para fiscalizar y señalar la corrección de los comportamientos.

de comunicación que se originan en operaciones interestatales (base de la guerra fiscal existente en Brasil), la incidencia acumulada de impuestos exclusivos sobre los servicios y sobre parte de los ingresos, las restricciones crediticias sobre impuestos no acumulativos y la dificultad de recuperación de los créditos no acumulados.

La base de la propuesta del CCiF es la sustitución de los cinco impuestos actuales por un único impuesto sobre bienes y servicios (IBS), que tiene las características de los mejores IVAs del mundo¹⁵, en particular la adopción de una alícuota uniforme para todos los bienes y servicios, transición de un modelo de tributación gradual (diez años), cobranza en el destino (para operaciones interestatales) y centralizada y generada de forma coordinada por representantes de los tres entes, con único cobro mensual, con distribución de la recaudación automática a través de un comité gestor, con gobernanza paritaria. El Estado y Municipio de destino serán los titulares del impuesto (no hay guerra fiscal).

La alícuota es el punto clave de la propuesta y consistirá en la suma de otras tres alícuotas instituidas por cada uno de los entes de la federación, siendo el impuesto distribuido proporcionalmente a la incidencia de la alícuota sobre el consumo de cada una de ellas, los cuales también tienen competencias para fijarlas. Durante el periodo de transición serán calculadas las alícuotas de referencia, pudiendo cada uno de los entes aumentar o disminuir su alícuota frente a tal referencia, manteniendo la uniformidad sobre bienes y servicios, con total preservación de la autonomía.

Dado que el IBS es un impuesto sobre el consumo, la elevación o reducción de la alícuota implica sobrecargar más o menos a los consumidores del propio estado o municipio, creando un escenario de responsabilidad política en el que se contraponen de forma transparente el poder público y los ciudadanos- consumidores- electores.

¹⁵ El IVA es un impuesto no acumulativo, que se cobra a lo largo de la cadena de producción y comercialización. En cada etapa, se recoge la diferencia entre el impuesto sobre las ventas (débito) y el impuesto sobre los insumos utilizados (crédito). Las características de un buen IVA son conocidas: incidencia sobre una base amplia (bienes, servicios e intangibles) de la tributación en destino, alícuota uniforme (sin excepciones), adopción plena de la no acumulación, exención de las inversiones y de las exportaciones y devolución de los créditos acumulados.

Las características de esta propuesta posibilitan los valores de la simplicidad, transparencia, neutralidad y equidad. Dichos valores alteran la forma de poder del Estado para el ciudadano, propiciándole información y conocimiento, elementos que posibilitan la participación en el proceso de institución y aplicación impositiva, justificando la figura de ciudadanía fiscal.

8. De solidaridad (antigua narrativa) para reciprocidad (nueva narrativa para guiar los espíritus de los presentes)

Señalaremos brevemente la necesaria e importante alteración del concepto de solidaridad al concepto de reciprocidad en materia impositiva.

Es posible percibir un cambio de paradigma en las narrativas y en los intercambios de valor en la sociedad. Si antes la generación de riqueza sucedía en el aislamiento de propiedad, en la cual su individualización era considerada relevante, actualmente el valor está en el compartir. Este escenario es claro en el deterioro de las bases impositivas de las industrias, por ejemplo, y en la evolución de los servicios digitales, en la inteligencia artificial.

El paradigma anterior se basaba en juegos de suma cero, es decir, la ganancia de un jugador representa necesariamente la pérdida de otro. Hoy, el cambio de paradigma está en el cambio de los juegos de todos ganan (*win-win*), en el cual los participantes tienen ganancias recíprocas y cooperativas: juegos de suma no cero.

La idea de solidaridad está asociada a una postura pasiva. De dependencia mutua que se establece entre dos o más personas (Freire, 1954). Cuando soy solidario no necesariamente estoy comprometido con esa cuestión de solidaridad. Por ejemplo, cuando veo una persona en la calle puedo ser solidario con el estado de vida de ella, lamento dicho estado y espero que consiga una mejora, pero no necesito tomar medidas para que esto suceda. La solidaridad es unilateral y estática, no exige una acción.

Por otra lado, la reciprocidad, implica dar y recibir, una situación de compromiso con el todo. No es suficiente solo sentir, sino también tener una iniciativa de participación¹⁶. En este sentido, tenemos la idea de compartir

¹⁶ Vea el discurso de de Reinaldo Popo Pamponet en: https://youtu.be/SwyHgp_FT9A

(Freire, 1954). Implica dar, recibir y nutrir el sistema en su conjunto, construyendo una relación de responsabilidad y representatividad del individuo con el colectivo. La reciprocidad es bilateral y dinámica, requiere compromiso.

Con respecto al sistema tributario, es necesario que los individuos tengan, como señala Saffie, un reconocimiento recíproco. El individuo necesita ver el reflejo de sí mismo en el entorno social que vive, participando, comprometiéndose y contribuyendo a ese entorno, ya que cada vez que actúa de esta manera estará participando y reconociendo su representatividad y responsabilidad.

En materia impositiva, la simplicidad y la transparencia hacen posible esta reciprocidad, ya que permiten que el individuo comprenda y reconozca su papel como ciudadano fiscal, percibiendo la interrelación entre él y el colectivo, situación que en teoría ayuda en la solución de los problemas de legitimidad y aplicación del derecho tributario.

9. Diez conclusiones institucionales

C1. El problema enfrentado: Según Saffie, la noción económica neoliberal causa dos problemas, la ilegitimidad del Derecho Tributario y la aplicación de estrategias de evasión y elusión tributarias practicadas por los contribuyentes. El primer problema se basa en la falta de retribución (pago del impuesto y falta de contraprestación pública) y el segundo, como consecuencia del primero, impacta en la recaudación. Ambas situaciones están planteadas en una noción de propiedad como derecho natural.

C2. Solución propuesta: Saffie argumenta que ambos problemas pueden resolverse mediante una noción de solidaridad que atraviesa al individuo que se encuentra inserto en la sociedad. Los sistemas tributarios pueden considerarse como una de las prácticas dentro de las cuales se puede aprender sobre la virtud de la dependencia mutua. La propiedad privada y los impuestos son conceptos inseparables, dos caras de una misma moneda, ya que estos son los medios para subsidiar al Estado, el que a su vez garantiza el espacio de libertad y propiedad para todos.

C3. Especificidades de Brasil: los desafíos de Brasil preceden a una noción de solidaridad como justificación de la tributación para garantizar la propiedad. Tenemos un sistema tributario hipercomplejo; malversación de los gastos públicos; ineficiencia administrativa y falta de prestación de servicios básicos como educación, salud y seguridad, todo esto en un contexto de migración de las funciones básicas del Estado hacia el sector privado.

C4. Elementos de una solidaridad concreta: ante problemas diversos se requieren soluciones diversas, la recuperación de la armonía de la relación fisco-contribuyente, con la generación de confianza, responsabilidad y un mejor entorno empresarial, se basa en la simplicidad, la transparencia y la ciudadanía fiscal, elementos orientadores de la PEC 45 que pretende reformular el modelo de tributación de consumo en Brasil.

C5. Simplicidad como posibilidad de comprensión: la tributación necesita ser simple para ser enseñada, para ser entendida, para ser aplicada. Establecer el valor “simplicidad” como directiva de un modelo de tributación significa sostener que la actividad recaudatoria debe ser libre de complejidad y de fácil comprensión al contribuyente. Simplicidad es la cualidad de que no presenta dificultad u obstáculo.

C6. Transparencia como acceso a la información: la transparencia permite al individuo conocer, efectivamente, con cuánto y cómo contribuye tributariamente con el Estado, de modo que pueda, consciente de la carga tributaria, tomar decisiones de políticas públicas consciente democráticamente. Por otro lado, brinda una relación sensible entre fisco - contribuyente y hace que este sepa cómo, por qué, cuánto y cuándo pagar para cumplir con sus obligaciones tributarias.

C7. Ciudadanía como participación: simplicidad y transparencia permiten la ciudadanía fiscal, así como la posibilidad formal y material de participación ciudadana en las elecciones políticas, no solo recibiendo todas las informaciones necesarias para ello y asegurando el ejercicio de influir en la toma de decisiones de manera formal (procedimientos iniciados para

esto), como también tener una calidad en esta participación, que podemos llamar una ciudadanía activa.

C8. Rescate del ciudadano para el debate tributario: la idea de ciudadanía se basa en la posibilidad de participación y el escenario actualmente existente en Brasil no favorece tal situación, ya que la tributación es indirecta y excesivamente concentrada en la persona jurídica, de modo que el individuo, quien verdaderamente paga los impuestos, queda fuera del debate sobre tributación.

C9. Reformar para avanzar: es frente a las referidas ideas que se fundamenta la propuesta de reforma tributaria presentada por el CCiF y que está establecida en la PEC 45 que está en proceso actualmente en el Congreso Nacional. Se busca con ella la unificación de cinco impuestos en uno, valiéndose de cuatro ideas básicas: simplicidad, transparencia, neutralidad e isonomía. El objetivo de esta propuesta es mejorar el entorno empresarial y llevar al ciudadano de regreso al debate sobre el financiamiento de los gastos públicos y, en consecuencia, de la calidad de los gastos públicos.

C10. De la solidaridad a la reciprocidad: la migración de la idea de solidaridad a la de reciprocidad implica el compromiso necesario del individuo con la noción de colectividad que quiere construir y esto implica reconocer cuál será el esfuerzo de cada ciudadano. La simplicidad y la transparencia permiten el acceso a la información y su comprensión, generando la figura del ciudadano fiscal, participante de las políticas públicas. Esta participación incluye dar, recibir y nutrir, lo que implica el reconocimiento individual con el todo y la posibilidad de superación del problema de legitimidad y aplicación del derecho tributario.

Bibliografía

Adeodato, J. M. (2014). *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses.

- Agra, W. M. (2018). *Comentários à Constituição do Brasil*. En Canotilho, J. J. G. et al. (coord). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação.
- Araújo, P. B. (1954). *O impôsto sôbre a transmissão da propriedade*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
- Alm, J; Vazquez, J. M. (2007). *Tax Morale and evasion in Latin América*. Working Paper 07-04. Georgia State University. Disponível em: < <https://icepp.gsu.edu/files/2015/03/isppw0732.pdf> > Acesso em 09.08.2011.
- Appy, B. et al (2019a). *Tributação no Brasil: o que está errado e o que concertar*. Disponível em: <http://www.ccif.com.br/wp-content/uploads/2018/07/Diretores_CCiF_Reforma_Tributaria_201802-1.pdf> Acesso em 06/08/2019.
- Appy, B. (2016). Por que o sistema tributário brasileiro precisa ser reformado. Disponível em <http://www.ccif.com.br/wp-content/uploads/2018/07/Appy_Tributa%C3%A7%C3%A3o_1610.pdf> Acesso em 13/08/2019.
- Appy, B. Et al. (2019b). Por uma nova arquitetura tributária. *Folha de São Paulo. Caderno Ilustríssima*.
- Bird, R. (2013). *Transparência e tributação: algumas reflexões preliminares*. In *Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao professor Isaias Coelho*. SantiN, E. M. D. et al (coord). São Paulo: FisoSoft.
- Bird, R; Jantscher, M. C. (org.). (1992). *Improving tax administration in developing countries*. Washington, D.C.: International Monetary Fund.
- Braithwaite, J. (2002). Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty. *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 27.
- Coelho, I. e Santi, E. M. D. (org.). (2011). *Reforma Tributária viável: simplificação, transparência e eficiência*. São Paulo: Quartier Latin.
- Dworkin, Ronald. (1999). *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Ferraz Junior, T. S. (2012). Unanimidade ou maioria nas deliberações do Confaz – Considerações sobre o tema a partir do princípio federativo. *Revista Fórum de Direito Tributário*.
- Freire, L. (1954). *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. Vol. V. 2 ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora.

- Jamur, M. (2005). Solidariedade: uma noção tensionada entre o público e o privado. *Revista da Administração Pública*, V. 39, n. 3. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
- Pereira, Virgílio de Sá. (2007). *Manual do Código Civil Brasileiro: direito das coisas da propriedade*. Paulo Lacerda (coord). Rio de Janeiro: Forense.
- Lapatza, J.J. F. (1989). Principio de legalidad y la reserva de ley. *Revista de Direito Tributário* (XXXIII). São Paulo: RT.
- Machlup, F. (1972). *The production and distribution of knowledge in the United States*. Princeton: Princeton University press.
- Mendes, G. F. (2018). *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação.
- Mello, C. A. B. (2009). *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros.
- Nabais, J. C. (2015). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina.
- Oliveira, J. M. (2011). *A relação entre educação, transparência, democracia e qualidade da tributação*. In *Tributação e Desenvolvimento: homenagem ao Prof. Aires Barreto*. Santi, E. M. D. (coord.). São Paulo: Quartier Latin.
- Peroba, L. R. (2013). *Transparência e Relação entre Fisco e Contribuinte*. Santi, Eurico Marco Diniz de et al (coord). *Transparência Fiscal e Desenvolvimento*. São Paulo: Fiscosoft Editora.
- Rawls, J. (1993). *Uma teoria de justiça*. Portugal: Editorial Presença.
- Salusse, E. (2018). O Brasil tem R\$ 4 trilhões de créditos tributários a recuperar. *Valor económico*. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/5314673/o-brasil-tem-r-4-trilhoes-de-creditos-tributarios-recuperar>> Acesso em 16.08.2019.
- Santi, E. M. D. (2014). Kafka, Alienação e deformidades da legalidade: exercício do controle social rumo à cidadania fiscal. *Fiscosoft Editora e Revista dos Tribunais*.
- _____, E. M. D. et al. (2019). *Valor Tributável mínimo e imposto sobre produtos industrializados: evolução histórica da legislação abstrata e prática*. Max limonad: São Paulo.

- _____, E. M. D. (2018). Sete diretivas para uma reforma de qualidade do sistema tributário em 2019. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sete-diretivas-reforma-sistema-tributario-2019-31072018#_ftn11> Acesso em 06/08/2019.
- _____, E. M. D. (2016). Novo ICMS do Mato Grosso: a simplicidade é a maior das sofisticações. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-icms-mato-grosso-simplicidade-e-maior-das-sofisticacoes-21112016>> Acesso em 07/08/2019.
- _____, E. M. D. e Corrêa, A. R. (2017). *(In)visibilidade institucional e transparência como estratégias de valorização da atividade tributária: que Receita Federal queremos em 2018, no seu aniversário de 50 anos?*. São Paulo: Max Limonad.
- _____, E. M. D. (2011). *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva.
- _____, E. M. D. (2015). Arquitetura da destruição: o ICMS e seus 8.709.120 sistemas. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arquitetura-da-destruicao-o-icms-e-seus-8-709-120-sistemas-24062015>> Acesso em 6/08/2019.
- Shoueri, L. E. (2017). *Direito Tributário*. 7 ed. São Paulo: Saraiva.
- Silva, J. A. (2012). *Comentário contextual à constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros.
- Sponville, A. C. (1997). *Pequeno tratado de grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes.
- Stiglitz, J. (2013). Sobre a liberdade, o Direito de Conhecer e o Discurso Público. In *Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao professor Isaias Coelho*. Santi, E. M. D. et al (coord). São Paulo: FisoSoft.
- Torres, R. L. (1995). *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar.

Comentario al texto de Francisco Saffie “La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación”

*On Francisco Saffie’s “The Rationality of Taxes. A
Task of Reconciliation”*

Eleonora Lozano Rodríguez*

Recepción: 15/08/19

Evaluación: 18/08/19

Aceptación final: 30/09/19

Resumen: Este texto es una reacción a la argumentación propuesta por Francisco Saffie por la cual el “reconocimiento recíproco” da lugar al comportamiento solidario y ético de los hombres en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. Lo anterior por cuanto, para el autor, existe una fuerte relación entre la tributación y el derecho a la propiedad privada, lo que llevaría a construir el derecho tributario sobre principios. El comentario al texto diserta, en primer lugar, sobre los conceptos de “ética” y “moralidad” e intenta comprender cómo el “reconocimiento recíproco” incentiva en los hombres estas cualidades. También ahonda en la dificultad de entender qué son los “principios jurídicos” para analizar la construcción del derecho tributario sobre los mismos.

Palabras clave: Moral tributaria, Ética tributaria, Cumplimiento tributario, Principio jurídico

* Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Directora del Doctorado en Derecho y de la Maestría en Tributación de la misma universidad. Abogada, economista y magíster en economía de la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca, España. Correo electrónico: elozano@uniandes.edu.co. Página web: www.eleonoralozano.com

Abstract: This text is a reaction to the argumentation proposed by Francisco Saffie whereby “reciprocal recognition” gives rise to the solidary and ethical behavior of men in the fulfillment of their tax obligations. This is because, for the author, there is a strong relationship between taxation and the right to private property, which would lead to the construction of the tax law on principles. The commentary to the text speaks, first of all, about the concepts of “ethics” and “morality” and tries to understand how “reciprocal recognition” encourages these qualities in men. It also delves into the difficulty of understanding what are the “legal principles” to analyze the construction of tax law on them.

Key words: Morality of Taxes, Ethics of Taxes, Fiscal Fulfillment, Legal Principle

1. La propuesta argumentativa del autor

Francisco argumenta que los impuestos no se justifican solo en términos instrumentales, es decir no hallan exclusivamente su razón de ser en el financiamiento del gasto público, la redistribución y la regulación de ciertas actividades que generan externalidades negativas. Para él la tributación y el derecho tributario pueden tener un bien intrínseco o interno, y este consiste básicamente en el “reconocimiento recíproco”. Este último surge además de la muy fuerte relación que existe entre tributación y propiedad privada, para demostrar que la obligación de pagar impuestos se justifica mientras que esta última exista.

Para comprender la noción de “bien interno” y distinguirla de las “instituciones” se apoya en MacIntyre y en Honneth para sostener que nuestro desarrollo como seres humanos está condicionado por las interacciones sociales, y más concretamente, en el reconocimiento recíproco.

Plantea el autor una idea maravillosa que cito

Los sistemas tributarios son parte de los arreglos conforme a los que se distribuyen bienes entre los miembros de una comunidad política y constituyen un *aspecto importante del vivir juntos*, puesto que aseguran las condiciones materiales para hacerlo posible. En

este sentido, esta práctica es parte de una evolución histórica, dentro de la cual el reconocimiento en las esferas del derecho y del Estado han hecho posible el desarrollo libre de los sujetos permitiendo su auto-realización siendo parte de las instituciones que caracterizan al Estado moderno. *La práctica de los impuestos es parte de una vida ética y es esencial para la solidaridad* (resaltado fuera de texto) (Saffie, 2020, sección 5.1).

Para sustentar lo anterior, explora la relación entre propiedad privada y tributación para darle sustento a la “reciprocidad”. Concluye, siguiendo a Murphy y Nagel, que la definición de propiedad privada depende de la tributación y que la tributación, entonces, no se justificaría únicamente sobre bases instrumentales. Existirían, por lo tanto, nuevos fundamentos. Dice Francisco que la tributación es la “expresión de la solidaridad”, y de ahí que surja una consecuencia importante de la obligación de pagar impuestos, donde “(e)la no dependerá más de la voluntad del individuo, sino de la existencia objetiva del derecho a la propiedad privada” (Saffie, 2020, sección 5.2).

Para el autor, retomando a Hegel, el derecho a la propiedad privada

se trata de un derecho que nos garantiza el espacio para la expresión objetiva en el mundo de nuestra voluntad subjetiva. Esta definición del derecho a la propiedad privada posee un límite intrínseco: el reconocimiento de la propiedad privada de otros. O lo que es lo mismo, asegurar espacios de libertad y desarrollo de la personalidad a todos. Un sistema de propiedad privada y un sistema tributario son las dos caras de una misma moneda, porque los impuestos representan la forma de asegurar libertad para todos; *la posibilidad del desarrollo ético de sujetos libres* (subrayado fuera de texto) (Saffie, 2020, sección 5.2).

Concluye el texto diciendo:

Todo individuo al que se le reconozca un derecho de propiedad privada tendrá el deber de pagar impuestos como sujeto que forma parte de un Estado. El deber legal de pagar impuestos no puede justificarse en términos meramente instrumentales; sino que

formará parte de la propiedad privada. Esta segunda conclusión podría dar un mejor fundamento a la propuesta de Freedman (...) sobre reconstruir el derecho tributario como legislación basada en principios (Saffie, 2020, sección 5.2).

De lo anterior, concluyo que el *iter* argumentativo de Francisco tiene las siguientes etapas:

- i. La tributación y el derecho tributario tiene un bien intrínseco que es el “reconocimiento recíproco”.
- ii. Este “reconocimiento recíproco” da lugar al comportamiento solidario y ético de los hombres.
- iii. El sustento de ese “reconocimiento recíproco” es la fuerte relación que existe entre la “tributación” y el “derecho a la propiedad privada”.
- iv. El “derecho a la propiedad privada” permite la “libertad” y el “libre desarrollo de la personalidad”, así como el desarrollo “ético” de las personas.
- v. Todo lo anterior, da mejor sustento a la idea de Freedman de construir el derecho tributario sobre principios.

2. Reacción a partir de mis líneas de investigación

Parto de dos (2) afirmaciones contundentes. Primero, no me queda claro qué es la ética para el autor y porqué el “reconocimiento recíproco” da lugar al comportamiento “ético” de los hombres; y segundo, no comprendo porqué la relación entre “tributación y derecho de propiedad” sustenta la posible construcción del derecho tributario sobre principios y no sobre derecho positivo.

2.1. El problema de la “moralidad” tributaria

A partir de planteamientos filosóficos, en Lozano & Tamayo (2014) nos referimos a la “ética” como la ciencia o disciplina que lleva a cabo el análisis del lenguaje moral y que ha elaborado diferentes teorías y maneras de justi-

ficar y de revisar críticamente las pretenciones de validez de los enunciados morales. Así, la ética es una “ciencia” que pertenece al campo de la filosofía, mientras que lo “moral” es, en general, el objeto de estudio de la misma (p.3). En ese capítulo citamos a Tipke para quien la “*ética tributaria*” se enfoca en estudiar la moralidad en materia tributaria desarrollada por los poderes públicos, por el ciudadano y por los demás actores de un sistema (2002, p.21). Así, Francisco tal vez se debería referir al desarrollo “moral” más que “ético” de los ciudadanos libres.

Pero superando las problemáticas conceptuales, en Lozano & Tamayo (2014) indagamos si la “moral” influye o no en el nivel de cumplimiento tributario de los contribuyentes. Descubrimos que son varias las variables que influyen en el comportamiento de las personas en lo que respecta a sus responsabilidades tributarias, que podrían dividirse en dos grupos. En el primero, aquellas que responden al análisis económico del cumplimiento tributario donde, retomando a Alligman y Sandmo (1972), los contribuyentes deciden evadir impuestos de la misma manera como se aproximan a cualquier decisión riesgosa que toman en un juego de azar y son influenciados por las posibles sanciones penales como cualquier otro costo contingente. Así, una óptima evasión dependerá de la posibilidad de ser “atrapado” y penalizado por la autoridad tributaria, del tamaño de la sanción por evasión que se va a imponer y del grado de aversión al riesgo que tenga el individuo (p. 29 y 30).

En un segundo grupo demostramos cómo existen consideraciones morales que influyen en los comportamientos elusivos o evasivos de los contribuyentes y que estas se encuentran a su vez incididas por las características de la población contribuyente (según literatura internacional, los hombres evaden más que las mujeres y los contribuyentes casados presentan mayores niveles de incumplimiento (Lozano & Tamayo, 2014, p. 37), el comportamiento de otros contribuyentes (la información que los individuos tienen respecto de la actuación evasiva o no de terceros contribuyentes influye en su decisión de cumplimiento tributario, (p. 36)), la justicia y la percepción del sistema tributario (leyes tributarias que son consideradas injustas por contribuyentes no son cumplidas, (p. 37)), el nivel de corrupción a la hora de ejecutar el gasto público (la moral del contribuyente será mayor y la evasión menor si los motivos de queja frente

al gobierno sean menores, (p. 39)), y la rectitud de los ejecutivos y las políticas empresariales (las inclinaciones hacia la elusión tributaria de los ejecutivos que administran una firma desempeñan un papel significativo en la determinación del nivel de elusión que una determinada firma asume, (p. 41))¹. Así concluimos que las motivaciones morales desempeñan un papel importante en el cumplimiento tributario más allá de las simples consideraciones económicas del individuo.

Por lo anterior, no solo las razones de solidaridad y de “reconocimiento recíproco” que esboza Francisco llevan a los individuos a cumplir sus obligaciones tributarias ni permiten el “desarrollo ético de sujetos libres”. Existen otras motivaciones.

2.2. La construcción axiológica del derecho tributario

Respaldo a Freedman en que la legislación tributaria debe soportarse en principios. Sin embargo, como lo reconocimos con Mendoza (Lozano y Mendoza, 2008), el problema consiste en la vaguedad en la definición del concepto de “principios jurídicos”. Es así como relacionamos varias conceptualizaciones que los han entendido como valores superiores el ordenamiento jurídico; directrices; normas generales; normas de selección, aplicación o interpretación normativa; máxima de una disciplina que permite la sistematización del sistema jurídico; mandatos de optimización; entre otros.

Pese a lo anterior, y siguiendo a Alexy, resaltábamos su importancia para la hermenéutica tributaria dado el uso judicial frecuente de las técnicas de “ponderación” entre principios opuestos. Para este autor,

“los principios son ‘mandatos de optimización’. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas... las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de... por los principios opuestos” (Alexy, 2004).

¹ Para conocer a mayor profundidad el desarrollo de cada una de estas variables ver páginas 35 a 44 (Lozano y Tamayo, 2014).

Así presentábamos, para el caso colombiano, el uso por parte de Corte Constitucional de las pruebas de razonabilidad, el núcleo esencial de los derechos y la jerarquización de principios” (Lozano y Mendoza, p. 70).

En mis cursos de hermenéutica jurídica sigo a Guastini (2010) para quien resulta muy importante distinguir entre las normas que son principios y aquellas que son reglas, por cuanto los principios resultan esenciales para el adecuado funcionamiento del razonamiento jurídico, en especial en lo judicial. De esta manera los principios pueden ser usados por el juez constitucional para decidir acerca de la conformidad de una norma de ley con la Constitución, o por un juez ordinario para colmar alguna laguna en la ley (Guastini, 2010, p. 210-211).

También se refiere Guastini al “análisis lógico de ponderación” donde, siguiendo a Dworkin (1977), consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, un valor o una “importancia” ético-política” (Guastini, 2010, p. 211). Para esto se refiere a la “concreción”, es decir el uso de los principios para elaborar reglas no expresas; así como a la “subsunción” o utilizar un concepto par resolver una colisión de principios (Guastini, 2010, p. 220-228).

Finalmente, para Guastini, “la ponderación de principios no es una operación interpretativa en sentido estricto: pertenece sobre todo al dominio de la construcción jurídica”, aunque reconoce que la interpretación está en el fondo (Guastini, 2010, p. 234).

Sin embargo, no queda claro cómo para Francisco si el “derecho a la propiedad privada” permite la “libertad” y el “libre desarrollo de la personalidad”, y esto conlleva a un desarrollo “ético” de las personas, se dará un mejor sustento a la idea de construir el derecho tributario sobre principios. Veo, por lo tanto, como lo reconoció Guastini, una dificultad en entender cuáles normas son reglas o principios. Para este caso pareciera que los derechos a la propiedad, a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad son normas y no principios. ¿Cuáles serán entonces los principios a los cuales Francisco se refiere?

Bibliografía

- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Allingham, M.F., y Sandmo, A. (1972). Income tax evasion: A theoretical analysis. *Journal of Public Economics*, 1, 323-328.
- Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Cambridge: Harvard University Press.
- Guastini, R. (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado.
- Lozano, E. y Tamayo, D. (2014). Ética y tributación. En E. Lozano (coord.), *Estudios Interdisciplinarios de la Tributación* (pp 1-77). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Lozano, E. (2016). Parte teórica. Hacia un nuevo enfoque del análisis económico del derecho. En Lozano, E. (coord), *Teoría y puesta en práctica del Análisis Económico del Derecho* (pp. 1-64). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Lozano, E., y Mendoza, C. (2008). Hermenéutica Tributaria. En E. Lozano (coord), *Fundamentos de la Tributación* (pp. 44-75). Bogotá: Universidad de los Andes y Temis.
- Saffie, F. (2020). La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación. *Discusiones*, 25(2).
- Tipke, K. (2002). *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons.

Justicia e impuestos. Comentarios a “La racionalidad de los impuestos” de F. Saffie

*Justice and Taxes. Comments to “The
Rationality of Taxes” by F. Saffie*

Hernán G. Bouvier*

Recepción: 25/02/20

Evaluación: 25/02/20

Aceptación final: 18/03/20

Resumen: según el artículo principal existe en el derecho tributario un paradigma clásico que es deficiente. Saffie presenta un modelo alternativo basado en la idea de solidaridad y reconocimiento. El presente texto formula numerosas críticas tanto a la caracterización del paradigma clásico como al modelo alternativo. En especial se objeta la inclusión de varios autores en el paradigma clásico y las bases que supuestamente sostienen al modelo alternativo basado en la solidaridad y el reconocimiento.

Palabras clave: impuestos, justicia, reconocimiento

Abstract: according to the main paper the classical paradigm of taxation is flawed. Saffie presents an alternative model based on the idea of recognition and solidarity. The present paper criticises the characterization of the classic paradigm and the alternative proposal as well. This paper challenges the

* Investigador adjunto, CONICET-UNC. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Córdoba, Argentina. Correo electrónico: hernanbouvier@gmail.com

inclusion of many authors in the classical paradigm and the grounds that allegedly support the alternative model based on solidarity and recognition.

Key words: taxes, justice, recognition

1. Introducción

En “La racionalidad de los impuestos...” (de ahora en adelante, RDI) Francisco Saffie delimita lo que él llama *paradigma clásico* sobre los impuestos y aboga por un cambio de ese paradigma. El texto ofrece una serie de consideraciones tan sugerentes como creativas. En la sección 2 me limitaré a plantear algunas dudas sobre el alcance de algunos términos o conceptos generales como el de explicar, justificar y “dar cuenta”. En la sección 3 plantearé mis dudas sobre la subsunción o inclusión de algunos autores en el llamado paradigma clásico instrumental. En la sección 4 me centraré en el paradigma que defiende Saffie y plantearé algunas dudas sobre la pertinencia o utilidad del aparato conceptual que usa en su apoyo. Se plantearán algunas dudas sobre la idea de bien interno, institución y práctica. En la sección 5 me limitaré a indicar algunos límites de la noción de reconocimiento tal cual viene presentada. Por último, en la sección 6 se presenta un posible problema del modelo propuesto por Saffie para evitar o solucionar casos de elusión. Tanto en la sección 5 como en la 6 propondré algunas aclaraciones complementarias que pueden ser útiles para una crítica posible del paradigma clásico. Estas últimas consideraciones también están dirigidas a que el autor se explaye sobre el trasfondo de su trabajo.

2. Explicar, dar cuenta y justificar

RDI pretende asumir dos tareas. Mostrar que las justificaciones que se dan en el derecho tributario desde el paradigma clásico son insuficientes y que las estrategias que se proponen para lograr la aplicación efectiva del derecho tributario son deficitarias. Se trata de dos niveles: uno de justificación y otro de aplicación. En sus palabras:

Argumentaré que las soluciones propuestas [por el paradigma clásico] en estos dos niveles son inadecuadas porque no son capaces de dar cuenta de la racionalidad subyacente en el derecho tributario, puesto que se construyen a partir de justificaciones que contraponen intereses individuales con intereses colectivos aparejadas de justificaciones puramente instrumentales (tanto de los impuestos como del derecho tributario) (énfasis agregado)

Por su parte, el paradigma clásico, viene definido en los siguientes términos:

De acuerdo con el paradigma clásico, los impuestos solamente se justificarían si los individuos consienten en ellos porque van en su interés individual. En este sentido, los impuestos tienen una justificación instrumental: son medios para un fin que va en provecho de los miembros de la sociedad civil. Este paradigma clásico se construye sobre tres elementos: (i) los tributos se justificarían como instrumentos para la recaudación fiscal; (ii) bajo una concepción de los individuos como seres puramente racionales; y (iii) conforme a una concepción de la propiedad privada como derecho natural, opuesta a los tributos.

Por último, el paradigma clásico que no podría “dar cuenta de la racionalidad subyacente en el derecho tributario” atribuye una función determinada a los impuestos. Diversos autores que van desde Hobbes a Locke, pasando por Rawls, Nozick y Seligman concuerdan según Saffie en el carácter instrumental de estos impuestos (dirigidos al autointerés o recaudar para el gobierno o Estado).

Para comenzar –y concediendo por el momento la definición de paradigma clásico y los autores que lo representan– no parece haber aquí un déficit claro ni a nivel de explicación teórica ni a nivel de justificación. El problema surge con la expresión “dar cuenta” subrayada más arriba cuyo origen cercano puede ser la moda anglosajona de usar “*give an account*” para tres cuestiones diferentes: la explicación empírica, la explicación teórica, la justificación normativa. Voy a recorrer de manera rápida los sentidos en que se pueden usar esos términos porque eso servirá al propósito de la penúltima sección de este trabajo. Más allá de la utilidad relacionada con esta discusión

las consideraciones que siguen pretenden colaborar con una tarea común y cooperativa de abandonar una terminología pegadiza pero equívoca.

El paradigma clásico –relacionado según RDI con el neoliberalismo– es fácilmente explicable en términos empírico-sociales. De hecho, Saffie realiza una reconstrucción convincente sobre su origen filosófico, cómo se instaló a partir de los años 60 y 70 del siglo pasado y cuáles son sus efectos. No hay aquí misterio sobre la tesis explicativa empírica. Desde el punto de vista de la explicación teórica tampoco parece haber déficit alguno, aunque supone aclarar la connotación del término “explicación” en este contexto.

Existen tres sentidos usuales de “explicación” en términos teóricos. Estos tres sentidos se relacionan con el denominado análisis conceptual. El primero requiere descomponer un concepto en sus partes integrantes con el propósito o esperanza de proveer claridad conceptual (*Erklärung*). Aquí el concepto de explicación se vincula al concepto de explicitación. Se supone que “animal racional” es o era una buena explicación clarificadora del concepto de ser humano y otro tanto “figura de tres lados” para el concepto de triángulo. El segundo sentido de explicación teórica se vincula con tomar un concepto y relacionarlo con conceptos que aparecen junto a él de manera frecuente, nuevamente con la esperanza de otorgar claridad o precisión sobre la referencia del término o concepto analizado. Es posible intentar clarificar la noción de derecho privado aludiendo al concepto de contrato u horizontalidad y la noción de derecho público refiriendo a conceptos como ley o verticalidad (la idea es de Bobbio).

Se trata de la bien conocida explicación por conexión (Strawson). Por último, se “explica” un concepto o idea encontrando un mínimo común denominador, es decir, un concepto o propiedad básica común a todos los conceptos que estén bajo escrutinio. Es usual sostener a esta altura que el concepto o principio de daño “no da cuenta” o *explica* numerosas normas jurídicas penales porque existen sanciones para conductas que no dañan. Otro tanto para el concepto de sanción y su poder explicativo de las normas jurídicas, porque no todas las normas jurídicas amenazan con una sanción. Los diferentes sentidos de “explicación” y “dar cuenta” pueden multiplicarse ulteriormente, pero con lo dicho es suficiente por ahora.

Bien puede ser clarificador en términos explicativos para alguien que pregunta ¿qué es el impuesto? sostener que es aquello que se paga como

contraprestación para sostener los gastos colectivos y estatales que van en su propio interés (o variantes de *i-iii* según la definición de RDI antes citada). No hay aquí un problema explicativo teórico. Lo que puede suceder con ese paradigma clásico es que uno no esté de acuerdo o le parezca mal. El paradigma clásico explica muy bien qué son y para qué están los impuestos bajo una cierta ideología. Es quizás la mejor explicación (clarificación) del concepto de impuestos para una concepción privatista y capitalista del uso del dinero y de la función del Estado. Capta muy bien el impuesto que permite pagar la seguridad, la pavimentación y la administración judicial que –si las cosas van bien– redundan en el interés de quien pregunta.

Existe una última variante –bastante equívoca– del término “dar cuenta” y “explicar” que lo equipara al término “justificar”. Es claro que RDI está cerca de este uso. Una teoría no da cuenta de un acto o institución porque no tiene buenos argumentos para justificarla normativamente. Esto es equivalente a decir que no ha encontrado o invocado una norma, razón o consideración ética o política válida para concluir lo que concluye. El paradigma clásico no da cuenta –en este sentido– de la “racionalidad subyacente” a los impuestos si y solo si se acepta que la racionalidad subyacente a los impuestos es otra, lo cual es justamente el punto en discusión.

En resumen, y para cerrar este punto, la idea de no dar cuenta de un concepto admite múltiples usos. Dos centrales en RDI parecen ser el de explicación teórica y justificación, y toca escrutar en qué sentido el paradigma clásico no encuadra bien en la racionalidad subyacente en el derecho tributario. Las sugerentes consideraciones de Saffie Gatica parecen indicar más bien que las tres propiedades *i-iii* asociadas al paradigma clásico explican (clarifican/explicitan) muy bien qué tiene mente esa ideología, solo que esa ideología se equivoca con respecto a cómo deberíamos concebir los impuestos o –más frontalmente– por qué se debe tributar.

Si el paradigma clásico es defectuoso en su explicación teórica se debe mostrar algo que de manera más o menos intuitiva o compartida parece un impuesto o es designado como tal, pero no puede clarificarse apelando a *i-iii* (tal cual hacen los penalistas con el daño o los teóricos del derecho con la sanción). Si el problema es de justificación se debe mostrar con argumentos normativos (por pantanosos y provisorios que estos sean) que el paradigma clásico no está bien justificado o incurre en alguna contra-

dicción o error fundamental. Sin embargo, desde mi perspectiva, RDI no hace eso. Más bien *supone* un modelo alternativo y lo explicita (aclara, expande, esquematiza) pero no indica con éxito por qué es superior normativamente. Regresaré sobre este punto en la penúltima sección. Por el momento cierro las consideraciones sobre el concepto de justificación y explicación.

Un problema ulterior se refiere a la inclusión de algunos autores en el paradigma clásico instrumental. Dedico la siguiente sección a problematizar una parte de ese ejercicio de clasificación.

3. Los integrantes del paradigma clásico y la noción de impuestos como instrumentos

El énfasis en RDI sobre el problema de la concepción “instrumental” de los impuestos parece motivarse no tanto por el hecho según el cual el diseño institucional que manda a pagar impuestos sirve a algún propósito, objetivo o fin. Es difícil concebir un diseño institucional cualquiera sin ver en él su servicio a algún fin.¹ El problema no sería tanto concebir a los impuestos como instrumentos en el sentido de útiles o conducentes a algo, sino más bien en verlos como *meros* medios al servicio de una empresa autointeresada o –peor– al servicio de un fin o interés que las personas terminan percibiendo como meramente externo, ajeno. Por ejemplo, que solo sirve a un Estado o gobierno. No es del todo claro en el texto cómo se conjugan estas consideraciones con el tema de la justificación y aplicación de los impuestos. Quizás la idea vaya en la siguiente línea.

El paradigma clásico favorecería varias actitudes viciosas con impacto en la eficacia del derecho tributario y en el tipo de conductas de apego a la institución de referencia. Quizás la conjunción entre “los impuestos están justificados solo si me sirven” y “los impuestos son para el Estado”

¹ De hecho, al usar Saffie una serie de consideraciones de MacIntyre sostiene que los impuestos deberían ser una práctica en la que podamos aprender acerca de las virtudes de la dependencia mutua. Esto concede alguna función o servicio instrumental a los tributos. Su punto crítico no puede ser que los impuestos pueden ser medios o instrumentos, sino cómo se concibe esa función o utilidad.

generan en la ciudadanía una sinergia viciosa que, por un lado, fomenta el desarrollo de estrategias para no contribuir y, por el otro, genera un afecto de alienación frente al Estado. Una vez instalado este afecto de desapego, el Estado que recauda es visto como un mero depredador o apropiador de recursos “propios”. De este modo, la visión instrumental, autointeresada, basada en la propiedad privada, socava el valor que debería encontrarse en los impuestos como medios de expresión y refuerzo de otros valores como la solidaridad.

En definitiva, los impuestos deben ser concebidos de otra manera. A saber: como la expresión de una virtud no privatista y altruista. Conjeturo, además –a partir de varios pasajes– que el autor considera que si tal concepción fuese eficaz (esto es, usada por ciudadanos y funcionarios) implicaría mayor apego a la práctica de pagar impuestos y decaería o bien el interés por buscar estrategias elusivas o bien la tolerancia judicial-administrativa frente a tales estrategias.

Si la lectura es correcta, el problema no es tanto aceptar que los impuestos son instrumentos, sino que se los conciba como *meros* instrumentos al servicio de individuos autointeresados o en provecho de un Estado percibido como lejano. Bajo la visión de Saffie, los impuestos no son meros instrumentos y además expresan (suponen, constituyen el ejercicio de) una virtud: la solidaridad. En otro texto del autor se realiza un énfasis semejante utilizando la terminología de la fraternidad.² Cumplir con los impuestos expresa un acto de solidaridad o fraternidad que eventualmente puede ser instrumental a otros fines pero no se agota en ellos. Espero que estas consideraciones de lectura reconstruyan en parte el espíritu del texto. Por el momento no voy a objetar este cuadro. Más bien quiero plantear dudas sobre algunos de los autores que quedan incluidos en el paradigma clásico y meramente instrumental de los impuestos.

² “los impuestos no son exclusivamente una fuente de financiamiento, sino que en su concepción política son manifestación de la fraternidad como principio rector de una organización social que considera en iguales términos la importancia de la esfera económica y política” (Saffie, 2012, p. 190).

Tanto en RDI como en otro texto de Saffie, Rawls viene incluido en el paradigma clásico meramente instrumental.³ No puede negarse que Rawls concibe a los impuestos como un instrumento, el punto es si los concibe como meros instrumentos dirigidos al autointerés o a engrosar la recaudación estatal sin más.

No puede negarse que Rawls asigna a los impuestos una función instrumental de ajuste distributivo. Estos ajustes están movidos en gran parte por el principio de la diferencia o –más llanamente– por lograr que los que están peor estén algo mejor, con un cierto límite para tal cometido. No puede mejorarse a los que están peor con cualquier presión fiscal o a costa de la libertad (Rawls, 1999, p. 246). Un dato relevante es que adhiere a una estructura de los impuestos para la cual no es tan importante cuánto uno puede pagar o cuánto gana. Los impuestos deberían ser sensibles o corresponderse con cuánto ha tomado esa persona de los bienes de todos. La carga impositiva debe ser sensible a lo que uno utiliza de los bienes comunes (Rawls, 1999, p. 246)⁴. De igual manera es saliente en el Rawls tardío la insistencia en la relación entre el principio de la diferencia y la reciprocidad, al menos como la preocupación no autointeresada por el malestar de nuestros pares. Algún tipo de punto medio entre la imparcialidad y la ventaja mutua (Rawls, 2001). Surge una duda genuina sobre en qué sentido Rawls puede ser incluido sin más en una concepción meramente instrumental de los impuestos, basada simplemente en las características *i-iii* del paradigma clásico.⁵ Quizás su énfasis en la reciprocidad, la coopera-

³ “En ‘Teoría de la Justicia’ instituciones políticas como los impuestos, como veré más adelante, se justifican principalmente como instrumentos para la recaudación fiscal y no por su función política de justicia económica” (Saffie, 2012, p. 188).

⁴ “[a expenditure tax] it is preferable to an income tax (of any kind) at the level of common sense precepts of justice, since it imposes a levy according to how much a person takes out of the common store of goods...” (Rawls, 1999, p. 246)

⁵ Un punto adicional que dejaría afuera del paradigma clásico a Rawls es su concepción sobre la propiedad privada. Pero se trata de un tema complicado en su teoría. En *Justice as Fairness* se indica que la propiedad *personal* es un derecho básico. Esto no excluye que la dinámica institucional pueda restringir lo que usualmente se llama propiedad privada. Eventualmente podría acordarse - siguiendo los principios de la justicia y teniendo en cuenta las circunstancias históricas o la estabilidad - modos de propiedad compatibles con alguna forma del socialismo en sentido amplio. La justicia como equidad no implica necesariamente, ni excluye *a priori*, la propiedad privada o la colectivización de los medios de producción. La sociali-

ción mutua, el sentido de justicia y conceptos semejantes no sea suficiente para incluirlo en el paradigma que defiende Saffie en RDI, pero ciertamente es dudoso que forme parte del paradigma clásico. En todo caso sería interesante ver qué puede agregar Saffie como muestra de que Rawls se encuentra en el paradigma clásico instrumental que satisface *i-iii*. Es interesante conocer en qué sentido la idea de Rawls de reciprocidad es lejana u opuesta a la idea de solidaridad y fraternidad. Quizás exista un tercero no excluido entre el paradigma clásico y el paradigma que defiende RDI.

Un problema de clasificación semejante surge para Holmes y Sunstein y su bien conocido libro *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Según RDI, el libro es una muestra de cómo la noción instrumental ha permeado todos los argumentos posibles a favor de los impuestos. En la nota 11 de RDI se sostiene

Según ellos, todo derecho (negativo o positivo) implica que el Estado debe invertir cierta cantidad de dinero en su protección, o, como lo ponen ellos, “los derechos cuestan dinero”. Desde la perspectiva defendida por Holmes y Sunstein, todo derecho es un derecho positivo mientras exija alguna acción de parte de alguien para su protección y exigibilidad.

Nuevamente, sostener que los impuestos son instrumentos no es equivalente a sostener que los impuestos son meros instrumentos en el sentido del paradigma clásico. Varias citas del texto de Holmes y Sunstein ponen en duda que pueda ser incluido sin más en el paradigma clásico. No supeditan los impuestos a una mera cuestión económica individualista y resaltan repetidas veces la relación estrecha entre impuestos y cooperación. Las siguientes citas son bastante elocuentes (Holmes, S. & Sunstein, Cass R, 2011)

El hecho de que los costos de ese orden, indispensable para la protección de los derechos básicos deban ser cubiertos por los contribuyentes tiene una significación teórica además de financiera:

zación de los medios de producción podría ser adoptada si se muestra que es la forma más eficiente de cumplir con los principios de la justicia. (Rawls, 2001, pp. 114, 177). Además, rechaza cuanto menos el capitalismo del estado de bienestar (p. 135 y ss.).

destacan la dependencia esencial del individualismo basado en los derechos de la acción del Estado y de la cooperación social (p. 106)

Las finanzas públicas constituyen una ciencia ética porque nos obligan a llevar cuentas públicamente de los sacrificios que como comunidad decidimos hacer y a qué estamos dispuestos a renunciar para alcanzar metas más importantes (p. 120)

Por supuesto que eso no quiere decir que los derechos deban ser arrojados, junto con todo lo demás, a una gigantesca calculadora de costo-beneficio creada y manejada por economistas (p.124)

Al ser instrumentos para el mejoramiento del bienestar individual y colectivo, los derechos naturalmente requieren diversas clases de renunciaciones de todos los miembros de la comunidad... renunciaciones que deberían ser abundantemente compensadas por los beneficios que derivan de la reciprocidad, la especialización y la suma de esfuerzos (p.201)

Una sociedad justa intenta garantizar oportunidades razonables para todos y también asegurar que nadie caiga por debajo de un umbral decente. Esto es parte de lo que expresa la idea central liberal que entiende a la sociedad como una empresa cooperativa (p. 214)

...los derechos de propiedad representan una aplicación selectiva de recursos públicos no solo con el fin de estimular la autolimitación por todas partes... sino también para impulsar nuevas formas de actividad creativa, tanto del gobierno como el individuo... (p.217)

Los derechos de los ciudadanos estadounidenses son artificios que la comunidad crea y mantiene con el objeto de mejorar la calidad de vida colectiva e individual (p. 238)

Existen en el texto de Holmes y Sunstein, claro está, varias indicaciones sobre algunos de los fines que pueden cumplir los impuestos dirigidos al bienestar. Entre ellos, lograr las condiciones mínimas para que uno pueda valerse por sí mismo (“autoayuda”). La forma en que viene modelado el valor de la “autoayuda” y cómo los impuestos contribuyen a ello no supone una apología del individualismo. Solo una lectura rápida del libro puede tomar el término “autoayuda” como valerse por uno mismo sin dependencia. Los autores son claros al decir que una sociedad de bienestar liberal debe proveer para que las personas puedan valerse por sí mismas

(el ejemplo paradigmático es la educación pública). Sin embargo, sería exagerado decir que están exacerbando una idea de individualismo que desconoce la cooperación mutua y sumergida que implica cualquier logro “personal” (véase, p. 225, 227, 232). Por el contrario, tratan de mostrar que aquello que para el norteamericano medio es “mi derecho” y “mi logro” depende de una cooperación colectiva impresionante. El énfasis en lograr la “autoayuda” no debe ser leído como “ud. todo lo puede y no debe nada a nadie” sino como la búsqueda de autonomía, la cual nunca implica un logro absolutamente individual. Según las palabras de Sunstein y Holmes: “la Carta de Derechos es un ‘hágalo Ud. mismo’ que los ciudadanos sólo pueden obtener en tiendas financiadas por los contribuyentes” (p. 225). Las libertades suponen depender de otros y sufrir restricciones. Nada de eso puede lograrse sin contribuir.

Quizás las citas indicadas, en donde se relativiza el individualismo y se subraya la cooperación, no sean suficientes para convencer a Saffie de que Holmes y Sunstein están de su lado, pero resulta exagerado sostener que están sin más en el paradigma clásico según se lo definió. Para ellos el autointerés no es todo, la propiedad privada depende de la cooperación conjunta y los logros y derechos individuales no existirían sin un esfuerzo colectivo. Tal vez las citas textuales indicadas puedan servir para ubicar a Holmes y Sunstein en otro tercero no excluido entre el paradigma clásico y el modelo de la solidaridad y reconocimiento propuesto en RDI.

Cierro aquí las consideraciones sobre el alcance del paradigma clásico meramente instrumental de los impuestos y las dudas sobre los autores que caen bajo esa clasificación. En la sección siguiente me ocupo de la propuesta alternativa de Saffie.

4. Prácticas, bien interno e instituciones

En la sección 5 de RDI se ofrece el modelo alternativo al paradigma clásico instrumental, no sin antes pasar por consideraciones algo borrosas sobre substancia y forma. Si entiendo bien, la distinción está dirigida a mostrar que mientras no se cambie el modo en que se concibe a los impuestos de nada servirá apelar a principios o tener en cuenta la intención del Parla-

mento o variantes que van en la línea de honrar el espíritu de la ley. La clave para este cambio según el texto radica en entender al derecho tributario como “*la forma institucional de una práctica con un bien interno: el reconocimiento recíproco*”.

Para mostrar la plausibilidad de su propuesta Saffie apela a consideraciones de MacIntyre y Honneth.

La idea básica es que hay una práctica que no es equivalente a la institución que la realiza o pretende realizarla. Las instituciones pueden incluso frustrar esa práctica o mancillarla. El problema general que surge aquí es con el concepto de práctica virtuosa que la institución puede reforzar o marchitar. En especial porque la práctica sería algo diferente de la institución.

Si se entiende “práctica” como la de pagar impuestos o semejantes, no hay práctica sin institución. No es claro cuál sería la práctica no institucional que tiene un valor que hay que seguir. Puede ser quizás la de ser solidario, aunque no existan los impuestos. En ese caso, la idea es que hay una práctica genérica de reconocimiento y solidaridad que la institución de los impuestos debe reflejar. No es la práctica de los impuestos, es algo que puede existir sin impuestos, y que los impuestos realizan. El texto a veces oscila entre el valor de la práctica sin institución y el valor de la institución de pagar impuestos que a todas luces parece una práctica que no puede existir sin institución. Es posible continuar pese a esta duda y adentrarse en los autores que usa Saffie en su provecho. Tomo tres citas de RDI sobre MacIntyre para plantear algunas dudas y luego me ocupo en la sección siguiente del rendimiento de Honneth para lo que se pretende defender.

Dos ejes de MacIntyre son centrales para Saffie. La distinción bienes externos/internos y la distinción entre prácticas/instituciones.

Según la definición de “bien interno” ellos (a) solamente pueden ser especificados por referencia a la práctica de la cual forman parte; y (b) solo pueden identificarse y reconocerse participando en la práctica en cuestión.⁶

⁶ “Las prácticas con bienes internos requieren de participación en ellas, para que así la persona que participa llegue a aprender el bien dentro de la práctica. La manera en que compartimos ciertos estándares y propósitos que caracterizan a las prácticas, define la manera en que nos relacionamos unos con otros” (RDI, sección 5)

La noción de bienes internos así presentada es indistinguible de la noción de participación en una práctica para comprender ciertos conceptos (o bromas) y no aporta demasiado desde el punto de vista normativo. No es relevante que un comunitarista *aggiornado* agregue, de manera persuasiva, que esos son bienes “genuinos”, porque eso no es más que decir que son bienes para la práctica misma y que solo se entienden si uno está en la práctica. Por lo demás, es posible imaginar alguien que defienda el paradigma clásico alegando que Ud. captará el bien cuando se entregue a la práctica sin resistencias. Es decir: cuando juegue al juego varias veces y de la manera que pretende el autointeresado maximizador. Es un problema habitual de las propuestas que apelan a un bien o valor interno –entendido como tener un punto de vista que uno capta solo si está inmerso en ella –que o bien presuponen lo que hay que probar, o bien funcionan como instrumento rápido de exclusión de argumentos. Esto es así en la medida en que se puede contestar que el otro no está viendo el punto porque no participa. Como en muchas de estas propuestas participar supone usar y/o aceptar la regla, la práctica o la institución, una de dos: o bien uno participa y no acepta (no ve como “bien genuino” eso que se dice bueno) pero entonces en realidad no está participando, o bien participa aceptando lo cual excluye la posibilidad de objetar esos supuestos bienes. Las discusiones sobre la fe, la gracia, el don y la iluminación tienen muchas veces este contenido.

Hasta aquí, entonces, dos problemas: el primero es que la caracterización es idéntica a cualquier caracterización que requiere (para la comprensión de un concepto por ejemplo) la inmersión en la práctica; el segundo es que otorga un instrumento argumental a cualquiera de las partes. Estos dos problemas se conjugan para dar lugar a un tercero. Si hay bienes internos, puede haber males internos (lo cuales también requieren a y b, según supongo) así que eso solo no sirve para mostrar en qué consiste ese bien “genuino” o por qué es un bien. Se necesita más. Tengo mis dudas entonces sobre qué puede aportar la utilización de MacIntyre a la idea de Saffie. Estas dudas no concluyen con el uso de bien interno y/o genuino. Continúan con dos aspectos más.

En efecto, además del par interno/externo, Saffie se pliega a una definición bastante circunscripta de institución presente en MacIntyre. Aquella que acerca la idea de institución a su rasgo competitivo y amenazante de

la práctica que sustenta. Las citas relevantes son las siguientes, todas de la sección 5 de RDI.

La segunda diferencia es respecto de las instituciones. MacIntyre sostiene que las prácticas son diferentes y no deben confundirse con éstas. Según MacIntyre, las prácticas se refieren a bienes internos y las instituciones, a bienes externos. Esta es una diferencia fuerte, toda vez que MacIntyre establece que las instituciones se relacionan “necesariamente” con los bienes externos, tales como el dinero u otros bienes materiales y la distribución del poder [...] las instituciones están necesariamente conectadas a los bienes externos porque ellas son las “sustentadoras” de las prácticas. Para poder sostenerse en el tiempo, las prácticas requieren de las instituciones. En esta estrecha relación radica también un riesgo. Las prácticas pueden sucumbir a “la codicia de la institución, donde la atención cooperativa al bien común de la práctica es siempre vulnerable a la competitividad de la institución.

En primer lugar, cabe señalar un disenso menor. No se ve por qué habría que acercar la institución a la competencia. Salvo un uso restrictivo y estipulativo del término. Algo más central es que esta tesis parece inscribirse en aquella que sospecha de la técnica y de los artificios en general como mecanismos que manchan, denostan, ensucian, degradan un “afuera” (para este caso, las prácticas) que tienen un valor en sí. Suspira aquí una larga tradición política que ve a las instituciones como mecanismos tendencialmente espurios e intoxicantes de un espacio que tiene su valor y sentido en sí mismo sin intervención institucional.⁷

⁷ Existe una larga tradición que concibe a la sociedad, el lenguaje escrito, la técnica y las instituciones, como algo que vendría a degradar un ámbito de sentido autónomo, completo y genuino. Esta cosmovisión de la *decadencia o mancha del estado puro* se encuentra en la teoría del lenguaje según la cual el signo escrito sería una versión menor de una idea o significado que está por detrás del signo y no depende de él. También en las versiones de la lingüística para las cuales puede haber sentido sin formulación o para las cuales la palabra representa imperfectamente el pensamiento o el alma. Se repite en visiones antropológicas para las cuales las comunidades más o menos aisladas se habrían visto intoxicadas por la adopción de la inscripción, representación y otras técnicas del lenguaje. Derrida muestra cómo existe un paradigma de pensamiento que, desconfiando de la técnica, la inscripción,

Indicar que las instituciones implican competencia o que tendencialmente degradan las prácticas no es el problema mayor del uso de MacIntyre. Más central todavía es el ejemplo mismo que se usa para graficar la familiaridad con un bien interno. En términos de Saffie

Se le podría ofrecer dinero al niño para comprar caramelos, a fin de motivarlo a jugar primero y luego para que continúe, cada vez que gane en el juego. El profesor espera que el niño adquiera un “gusto” por el juego, para que acabe jugando no por el dinero (para comprar caramelos), sino por amor al ajedrez. En este ejemplo, el dinero y los caramelos son bienes externos respecto de los bienes internos del ajedrez, y el niño podría buscar adquirirlos incluso mediante trampas. Sin embargo, la expectativa del profesor es que, con el tiempo, el bien que hay en jugar ajedrez se mostrará y realizará, de manera que el niño llegará a jugar ajedrez porque le gusta. Las prácticas con bienes internos requieren de participación en ellas, para que así la persona que participa llegue a aprender el bien dentro de la práctica.

Según la presentación, recibir dinero o caramelos no forman parte del bien interno de la práctica, pero el niño podría entender la práctica y el bien interno empezando a jugar por otras razones. Aquí se concede que los motivos y razones por los cuales se ingresa en una práctica pueden ser ajenos al bien de la práctica lo que no impide que se adquiera la virtud (supuesta). Esto no puede funcionar en contra del paradigma clásico y menos a favor del paradigma de Saffie.

Si pagar impuestos ya tiene como “razón subyacente” o “substancia” la solidaridad o fraternidad, la actitud autointeresada y mezquina tenderá a disolverse (o eso se supone, porque la evidencia parece mostrar lo contrario para el pago de impuestos). En todo caso, da igual lo que mayormente se crea sobre la práctica o la institución. Sometidos a la repetición del juego

la escritura, la sociedad y su organización, supone un afuera (una “autenticidad social”) que cualquier sofisticación instrumental vendría a manchar determinando su “degradación” o imperfección. Esta forma de ver el mundo atraviesa a Platón, Aristóteles, Saussure, Rousseau, Levi-Strauss, entre otros (Derrida, 2003).

de pagar impuestos, entenderemos que el bien substantivo y genuino no son los caramelos de la evasión sino los confites de la solidaridad. No me es claro si se trata de una tesis de psicología social mezclada con ética. Es decir, una tesis que conjetura sobre lo que surgirá en la conciencia de las personas cuando entren al juego que –por hipótesis– ya tiene una sustancia diferente a la que declara el paradigma clásico. La pregunta directa aquí es: si el juego ya tiene esa sustancia –fraternal solidaria– y se puede aprender el bien genuino incluso ingresando por las razones incorrectas ¿qué más hay que hacer? ¿Se trata además de intervenir mientras juegan “concientizando”? ¿Algo así como una pedagogía social en que se enseñe a los participantes que esto no es por los caramelos? No se trata de preguntas retóricas sino de entender qué más hay que hacer si el juego ya tiene la sustancia y bien interno que incluso puede llegar a captar quien ingresa por razones externas. En todo caso, el ejemplo del ajedrez dejaría incólume a los que defienden el paradigma clásico dado que se concede que se puede entrar a jugar por razones externas (léase, espurias).

Se puede sostener que, aunque se ingrese por razones espurias habrá que intervenir de alguna manera para que se adquiriera la actitud correcta porque en caso contrario la práctica se corromperá o el bien interno se apagará. Sostener que si se ingresa por las razones “externas” ello llevará a una debacle de la práctica es más una tesis pesimista que una prueba de la tesis ético-sociológica sobre qué pasa cuando permanecemos en una práctica con cierta actitud. También es cierto que hay prácticas e instituciones que bien pueden pervivir incluso cuando los participantes siguen jugando cada uno por sus motivos o razones, con la sola condición de que sus conductas se conformen a las reglas. Y por supuesto, hay mucha prueba empírica de gente que entra en una práctica (¿o institución?) por las razones “incorrectas” y luego ve lo que supuestamente es valioso en esa práctica.

En resumen, la noción de bien interno de MacIntyre no demuestra que la solidaridad-reconocimiento sea el bien “genuino” de la práctica (o la institución), lo supone. Por su parte, se pliega a una noción de las instituciones como amenazantes de las prácticas y concede que a esas prácticas que tendrían un bien genuino que las instituciones pueden amenazar se puede ingresar por cualquier razón espúrea y luego quizás se verá el bien interno. Esto deja inmutable a quien sea que defienda el paradigma clásico. Salvo

que se diga que lo que tiene que suceder es que cuando esté en la práctica deberá empezar a “jugar” por las razones correctas, que hasta el momento son las “genuinas”, que son las que define la práctica misma, que supuestamente dependen de su substancia que no es ni debe ser la del autointerés instrumental y privatista. No se ve, en consecuencia, cómo este armamento teórico trae razones a favor del modelo de la solidaridad y reconocimiento. Y no queda claro, como se planteó en las preguntas anteriores, qué más se requiere durante el juego con bien interno para que los participantes absorban o capten el bien interno que la práctica supuestamente ya tiene. Quizás se esté pensando en algún proyecto pedagógico masivo.⁸

En realidad, el argumento final de Saffie no depende de la distinción interno/externo, ni el de institución vs. práctica. Depende de la idea según la cual el bien que puede traer el ejercicio de pagar impuestos (se lo caratule de interno o externo, genuino o no) “requiere una noción más compleja de los individuos en las sociedades modernas contemporáneas que la del paradigma clásico, que sea capaz de combinar los elementos individuales y sociales que los caracterizan”. Quizás aquí radica para Saffie el elemento deficitario del paradigma clásico. O bien no sería una buena explicación teórica de una práctica compleja que no puede clarificarse solo apelando a individuos, o bien es una mala justificación. El paradigma clásico no da cuenta de los impuestos en el sentido de que estos se aplican con independencia de los intereses individuales (aspecto explicativo teórico) y no puede justificarse solo apelando a elementos individuales. Si este es el defecto explicativo o justificativo del paradigma, es una hipótesis más que algo que surja claramente del texto. Seguramente una breve aclaración de Saffie puede servir para disipar estas dudas.

Como sea, el texto supone que su paradigma es superior al clásico. Creo que lo supone, como intentaré mostrar, sobre bases insuficientes.

⁸ Un indicio en esta línea es la siguiente afirmación: “La segunda gran reforma que necesitamos es una que puede partir en las escuelas de derecho y que debería materializarse pronto en la práctica jurídica tributaria: revisar qué significa, que supone, cumplir con la ley tributaria. Esto puede dar lugar a reformas legales que vayan contra la planificación, la elusión y la evasión tributaria” (Saffie, 2012 , p. 191).

5. Reconocimiento y explicación

La teoría de Honneth basada en Hegel sería superior a teorías individualistas porque indica qué necesita una persona para formarse como tal y ser autónoma. Una vez más aparece el elusivo concepto de explicación. Saffie se propone “primero, mostrar cómo es que, de acuerdo con estas teorías, la interacción con otros individuos *explica* la manera por medio de la cual podemos llegar a ser sujetos autónomos” (énfasis agregado).

Que el reconocimiento mutuo sea aquello que explica (posibilita) que seamos autónomos no es una prueba de que los impuestos son mejor concebidos como un acto de reconocimiento. Con suerte deja en claro cómo y por qué surgen individuos con autonomía y deja implícito o supuesto que aquello que garantiza la autonomía es valioso. Pero del hecho que el reconocimiento sea la condición de posibilidad de llegar a ser autónomos no se sigue que los impuestos sean o deban ser parte de esa práctica. O en todo caso hay que explicitar qué tipo de reconocimiento se puede legítimamente reclamar. También está probado que una persona que no ha recibido el afecto amoroso y corporal suficiente durante la infancia, es decir, que no ha recibido un apego afectivo suficiente, arriesga el autismo, la esquizofrenia o es arrojado sin más a una vida triste y gris. El apego (y también la interdicción) son la condición de posibilidad de una cierta integridad subjetiva. Eso no es suficiente para mostrar que los impuestos deberían ser entendidos como honrando el apego afectivo o corporal, ni mucho menos valida la conclusión según la cual dado que eso es valioso allá (en el crecimiento y la maduración) es valioso aquí. No puedo exigir, por ejemplo, que en el trato institucional se me de afecto y cercanía indicando tan solo que eso es relevante en otro ámbito o esfera personal o política. Incluso concediendo que el reconocimiento explica cómo se llega a ser alguien autónomo, eso no es suficiente para mostrar que tal tipo de reconocimiento (por demás difuso) deba seguir en pie como expectativa mutua para cualquier otro tipo de interrelación social o institucional. No puedo esperar que el presidente o la rectora me abrace, aunque sea cierto que sin abrazos en el momento indicado el daño a mi conformación personal habría sido irreparable.

Aquello que identifica las condiciones de posibilidad de una capacidad que se considera valiosa, es decir, aquello que deja en claro las condiciones

necesarias para que podamos ejercer algo como la autonomía, no tiene por qué justificar la expectativa normativa en cualquier otra esfera.

No obstante, los argumentos de Saffie no culminan aquí. Luego de analizar diferentes sentidos de reconocimiento (fundamental en este aspecto la distinción que cita de Siep), considera que el reconocimiento forma parte de la práctica y bien interno de los impuestos. En sus palabras

Las esferas de reconocimiento que más estrechamente se relacionan con las prácticas y las instituciones son las del derecho y de la solidaridad. Por tanto, si estamos buscando una justificación de la tributación como práctica bajo este esquema, entonces necesitamos encontrar el bien que hay en la práctica (lo que proporcionará los fundamentos para que la práctica se convierta en una institución).

Como ya se ha indicado, buscar un bien interno a la práctica no nos compromete por sí solo con aceptar que el bien de la práctica sea el reconocimiento mutuo. Buscar un bien interno a la práctica no excluye ciertos contenidos normativos. Es por eso por lo que se indicó que las ideas de Saffie no necesitan –hasta donde se alcanza a ver– usar el aparato de bien interno y externo. Lo que necesitan es mostrar que hay algunos bienes que no valen la pena ser perseguidos y que los impuestos pueden formar parte de lo que merece buscarse.

Aunque RDI hace surgir las dudas planteadas hasta ahora, también se impone reconocer que el déficit teórico y justificativo del paradigma clásico está al alcance de la mano si se profundizaran algunas de las sugerencias del texto. Esto implica mostrar el defecto de explicación o el defecto de justificación más allá de suponerlo. RDI otorga incentivos al respecto y más de una pista. Existen algunos planteos básicos para objetar la explicación y la justificación del paradigma clásico. Sin estos planteos, el modelo de la fraternidad y la solidaridad se encuentra incompleto.

Uno está sugerido en el otro texto de Saffie citado aquí. Según sus palabras: “Pero los impuestos no solo son una fuente de financiamiento del gasto público, de hecho el Estado, en principio, tiene varias otras formas de asegurar los recursos que necesita” (Saffie, 2012, p. 190).

Esta breve consideración muestra la punta de un ovillo cuyo desarrollo puede llevar a una refutación de una explicación teórica. En efecto, para

quien caracteriza todo aquello que normalmente se llama “impuestos” como el instrumento para financiar el Estado basta mostrarle que hay cosas que se llaman impuestos y no financian el gasto del Estado y que hay gastos que el Estado podría financiar sin impuestos. Saffie no indica cómo esto puede suceder, pero supongo que está pensando en que el Estado mantenga –por ejemplo– el monopolio sobre empresas que generan riquezas a partir de bienes comunes o algún otro medio alternativo de enriquecimiento sin tributación lisa y llana. Se trata de un gesto teórico explicativo dirigido a mostrar que la supuesta propiedad definitoria o común de la extensión del concepto no es necesaria ni suficiente.

Quedan a disposición dos estrategias más. Estas suponen aceptar que una explicación teórica o una justificación es deficiente si incurre en un sinsentido o contradicción. Una explicación teórica es deficitaria si incurre en una contradicción pues se supone que entonces no racionaliza el concepto bajo análisis. Una justificación es defectuosa si parte de una contradicción porque una contradicción justifica cualquier contenido normativo (o ninguno).

Es obvio que actualmente se pagan costos que parecen a todas luces “impuestos” o así vienen llamados y que no van en el interés individual de quien paga, así que una explicación teórica en esos términos no capta la extensión, uso o alcance del concepto que está analizando y una de las características asociadas al concepto es contradictoria con su extensión. Hay impuestos sin satisfacción de autointerés. Es bien conocida la salida a este problema, sobre todo para quien sea que se encuentre dentro del paradigma clásico. La primera es conceder que son impuestos, aunque son injustos, la segunda consiste en sostener que dado que son injustos no son “verdaderos” impuestos. No queda más salida parece que caer en los créditos de una justificación normativa de fondo y ver si conduce a algún tipo de contradicción o sinsentido.

El paradigma clásico, según viene presentado, anida tres contradicciones que no surgen a primera vista. Mejor dicho, ellas surgen bajo una interpretación posible de i-iii o, lo que es equivalente, bajo un mayor detalle. Estas contradicciones son de carácter pragmático, en el sentido usual de que suponen aceptar una consideración o la realización de una acción que implica una segunda o tercera, y estas últimas están en contradicción con la primera.

Algún integrante del paradigma clásico podría sostener que es injusto que le cobren este o aquel impuesto y realizar este reclamo con pretensiones de objetividad. Bajo la asunción de que algo es justo solo si satisface el autointerés, en conjunción con la asunción de que el Estado es un conjunto de individuos (o asociación) con eficacia decisoria, la expresión “los impuestos que cobra el Estado son o pueden ser injustos” puede resultar contradictoria o analíticamente vacía. Es contradictoria si el pago de esos impuestos va en el autointerés de los que integran el Estado (funcionarios, empleados y profesionales de la política). No puede ser injusta si va en el interés de alguien, por definición.

La contradicción pragmática surge si hay un reclamo de justicia objetivo (“está mal”) usando un criterio relativista o subjetivo. El contenido de “injusto” puede ser reducido al autointerés al precio de aceptar que hay varias cosas justas e injustas al mismo tiempo o –lo que es equivalente– sostener que la justicia es relativa. Por supuesto, no todo integrante del paradigma clásico tiene por qué incurrir en la contradicción de anhelar la justicia objetiva mientras concede que la justicia es relativa a los intereses y que hay alguien interesado que se está beneficiando (p.ej. los funcionarios estatales). Si lo hace, y permanece en su reclamo de justicia, deberá encontrar un argumento que desplace las pretensiones normativas más allá de la frontera definida en términos de autointerés lo que suele abrir la puerta para la justicia como imparcialidad.⁹

Un problema semejante surge si la cláusula del autointerés en el paradigma clásico es entendida a modo de condición necesaria para *empezar* a pagar impuestos o como justificación para *dejar* de pagar impuestos (generalmenteazonada con la afirmación de que no se paga impuestos porque el Estado “no me da nada”). Para que el Estado o cualquier otra “asociación” pueda brindar algún beneficio (incluso individual), alguien debe pagar. Si

⁹ No hay nada que “ofrecer” o “reclamar” en términos de justicia si lo justo viene concebido en términos de autointerés y una de las partes no puede perder o ganar nada y además puede retirarse de la cooperación. Es decir, si cuenta con la ventaja de amenaza. Si lo que se reclama está más allá de la frontera de negociación definida en términos de autointerés, debe introducirse alguna consideración ulterior según la cual algo puede ser justo aunque no beneficie o satisfaga la utilidad individual de los participantes en el conflicto o discusión. Sobre los límites de la justicia y negociación en contextos de autointerés (Barry, 2001, cap. I).

todos los jugadores adoptan la actitud de no pagar hasta que lleguen los beneficios, o no pagar hasta que los otros lo hagan, el juego se paraliza a sí mismo. No es posible obtener un beneficio que depende de la “colaboración” si todos los participantes adoptan la actitud de no colaborar hasta que llegue el beneficio. Se trata de una paralización autoinfligida porque el juego presidido con esa actitud (es decir, permitiendo esa actitud) no podría empezar nunca. El ejemplo más obvio es el de dos jugadores de tenis enfrentados que adoptan a rajatabla la misma regla: *no saco hasta que saques tú*.

El pago no puede esperar al beneficio, sino que el beneficio depende del pago. Esa actitud imposibilita la práctica incluso en sus propios términos. Nuevamente, esta tensión solo se da si se sofisticaba el paradigma clásico y se asume o comprueba esa actitud frente a la práctica impositiva.

La tercera variante, bien conocida, es apelar a la importancia de la propiedad privada para eludir o evadir impuestos. Nos movemos aquí al terreno de la aplicación o deber de aplicación de los impuestos con espíritu privatista. Este afecto privatista puede adquirir varias modulaciones. No todas ellas abrigan una tensión o contradicción. Una que sí lo hace es la siguiente: negarse a pagar cualquier impuesto invocando la propiedad privada y el mercado que la posibilita desconoce que no hay propiedad privada ni mercado sin una institución que provee monitoreo y ejecutabilidad (lo cual suele hacer la forma “Estado”)¹⁰. Desfinanciar a quien provee monitoreo y ejecutabilidad hará subir los costos de transacción y oportunidad hasta límites ineficientes.

No pagar impuestos puede ser un tiro en la bota privatista en la medida en que la evasión impide que la protección de la propiedad privada y el mercado sean garantizados como se debe. Bajo estas asunciones el mismo acto elusivo o evasor para proteger la propiedad privada, la amenaza. En una versión posible supone aceptar dos contenidos normativos parcialmente contradictorios: la permisión y prohibición de afectar la propiedad privada.

Estos son los elementos necesarios y quizás suficientes para dar por deficitario al paradigma clásico en su versión de explicación teórica o en su versión de justificación. No “da cuenta” de la extensión de la aplicación

¹⁰ Sobre la relevancia del monitoreo y ejecutabilidad para el mercado y la propiedad privada: North, 1990.

del concepto, porque se llaman impuestos a diseños institucionales que no van en el interés de quien debe pagar y “no da cuenta” en el sentido de que no puede justificar –sin incurrir en contradicciones pragmáticas– cuándo está justificado pagar y cuándo no.

Con estos aditamentos se encuentra la vía para explorar concepciones alternativas de los impuestos y el derecho tributario. La del reconocimiento y solidaridad propuesta por Saffie resulta promisoría. A esta empresa la espera en las cercanías una objeción que sortear. La indico de manera escueta en la sección que sigue.

6. Elusión y desprecio

Munidos del espíritu de la solidaridad y el reconocimiento recíproco podríamos solucionar el problema de la elusión. Es decir, las estrategias ocurrentes para que la conducta se conforme a un régimen tributario más benigno sin caer en la evasión. Casos típicos de elusión que pretenden ser captados como evasión son el del matrimonio para pagar menos impuestos, o declarar el auto nuevísimo como perteneciente a la empresa o sociedad para luego poder descargarlos como inversión en la empresa evitando la carga por adquisición de bienes personales. No es para nada claro si existe algún diseño normativo y de principios que pueda terminar con estas estrategias cuya maldad hay que probar más allá de la antipatía personal que nos generen. Las dificultades cabalgan sobre el lomo de la distinción entre conformarse a una regla o cumplirla (*conform vs. comply*).

Conjeturo que adoptando los conceptos propuestos en RDI lo que sucedería es que conductas que ahora son elusivas y permitidas, pasarían a ser consideradas evasivas y prohibidas. Se trataría de una consecuencia interpretativa de tomar de otra manera los textos jurídicos disponibles o los por venir.

El problema central y cercano que se avizora es el siguiente: supóngase que bajo una interpretación “clásica”, “textual”, “privatista”, “restringida” una norma no capta una conducta y que a pesar de eso una autoridad judicial indica que se ha infringido una ley. Supongamos, porque la ley tiene como razón subyacente el espíritu solidario y no se detendrá ante tecnicismos

formalistas como el del alcance de los términos. El problema que surgiría para el modelo alternativo de Saffie consiste en justificar por qué serán tratados como casos de evasión casos que son de elusión (o como prohibidos aquellos que parecen permitidos). Más puntualmente, por qué atrapar al *vivillo* que se conformó a lo que indica el texto de la ley no supone un caso de desprecio. La sorpresa en la libertad y el patrimonio son una forma paradigmática del desprecio al otro como sujeto autónomo en la medida en que no permite prepararse o decidir con todos los hechos, normas y razones sobre la mesa. El modelo del reconocimiento tiene que mostrar cómo es posible atrapar a un contribuyente elusivo, que conformó su conducta al texto legal y público, sin despreciarlo en el sentido especificado.

Bibliografía

- Barry, B. (2001). *Teorías de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Derrida, J (2003). *De la gramatología*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Holmes, S. y Sunstein, C.R. (2011). *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- North, D. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice. Revised Edition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge: Harvard University Press.
- Saffie, F. (2012). De la reciprocidad solo a la fraternidad. *Derecho y Humanidades* (19), 179-191.

Réplica a las críticas

Reply to critics

Francisco Saffie*

Recepción: 27/10/20

Evaluación: 29/10/20

Aceptación final: 29/10/20

Resumen: Este texto responde a las críticas realizadas por Eleonora Lozano Rodríguez, Eurico Marcos Diniz de Santi y Hernán Bouvier al artículo “La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación”.

Palabras claves: Derecho tributario, elusión, legitimidad, reconocimiento, solidaridad.

Abstract: This text addresses the critics made by Eleonora Lozano Rodríguez, Eurico Marcos Diniz de Santi and Hernán Bouvier to the article “The Rationality of Taxes. A Task of Reconciliation”.

Keywords: Tax law, avoidance, legitimacy, recognition, solidarity.

1. Introducción

Parto por agradecer los comentarios recibidos por parte de la profesora Eleonora Lozano y los profesores Eurico Marcos Diniz de Santi y Hernán Bouvier. Me siento honrado de que hayan tenido el tiempo y dedicación para generar esta discusión. Agradezco además la paciencia que han tenido los editores y el equipo de Discusiones para sacar adelante este número en que

* PhD in Law, University of Edinburgh, Reino Unido. Profesor Asistente, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile. Post-Doctoral Global Fellow, New York University, Estados Unidos. Correo electrónico: francisco.saffie@uai.cl

he demorado más de lo debido en preparar mi respuesta a las críticas. Quiero agradecer de manera especial el trabajo editorial de Alejandro Berrotarán.

A modo de disculpas por la demora, valga señalar que el esfuerzo por producir es mayor en estos tiempos en que la pandemia modificó la división del trabajo; la dedicación a tantas labores que habitualmente distribuimos entre muchos, hoy son asumidas individualmente (al menos en mi caso).

Esta respuesta tiene tres secciones, en cada una de ellas desarrollo por separado las respuestas a los comentarios de Eleonora, Eurico y Hernán. Preferí estructurar de esta manera la respuesta para tomar en serio las objeciones planteadas por cada uno de ellos. Una posible reconstrucción depurada de mi argumento, que se haga cargo de las posibles modificaciones que surjan como consecuencia de los comentarios de cada uno de ellos, tendrá que quedar para otra oportunidad.

Gracias nuevamente a todo el equipo de Discusiones.

2. Respuesta a la profesora Lozano

El comentario de la profesora Lozano se concentra en dos de los cinco puntos en los que resume el argumento de “La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación” (en adelante, RDI). El primero punto de la crítica es sobre “el problema de la ‘moralidad’ tributaria”; el segundo, sobre lo que ella denomina “la construcción axiológica del derecho tributario”. Contestaré ambos puntos en lo que sigue. Pero antes de comenzar, me gustaría hacer un comentario general, aplicable a todo el comentario de Lozano.

En términos generales, me parece que la diferencia esencial entre la crítica presentada por la profesora Lozano y el argumento que presenté en RDI está en que hablamos desde distintos lugares. Creo que Eleonora no considera que mi artículo intenta construir una fundamentación de la obligación de pagar impuestos y de su forma jurídica, distinta a la que se desarrolló por la comprensión política de la tradición liberal que ha dominado en materia de impuestos. En especial por la filosofía política liberal que sirve para justificar e interpretar las instituciones jurídicas del estado moderno. No descanso en esa comprensión por las limitaciones teóricas y normativas que representa para explicar la forma en que la modernidad

supone espacios para el desarrollo de la dimensión individual y la dimensión colectiva de la vida. El punto de mi artículo es que esa incapacidad para dar cuenta de esos dos espacios que son propios de la interacción social moderna, deben ser incorporados institucionalmente para resolver, en materia tributaria, una cuestión tan relevante como la elusión. En este sentido, al menos desde el título de mi artículo principal, intento desarrollar lo que podría denominarse una concepción hegeliana de la obligación legal de contribuir para reconciliar al individuo con la dimensión social de los tributos (en general –y de los impuestos en particular–) como dimensiones de lo individual y lo colectivo que permiten el desarrollo ético de las personas¹. En este sentido, y basta leer el título del artículo principal, mi propuesta está muy influenciada por la lectura que Michael Hardimon hizo de la filosofía social de Hegel (Hardimon, 1992 y 1994).

Porque es posible que la exposición de mis argumentos en RDI haya sido poco clara o que haya dado por sentado algunos elementos del trasfondo de las ideas que quiero expresar, parte de mi respuesta a la profesora Lozano consistirá en desarrollar con más claridad mi objetivo y, además, dar cuenta de la teoría del derecho que utilizo para desarrollar la concepción de los impuestos que presenté en el trabajo principal. La conclusión de mi respuesta a Eleonora es que la reconstrucción que hace de mi argumento yerra en el contenido de lo que ella describe como “etapas” de mi argumento.

2.1. ¿A qué me refiero con “ética” y qué rol juega el “reconocimiento recíproco como parte del comportamiento ético”?

La primera cuestión, entonces, supone clarificar qué entiendo por “comportamiento ético” y para eso es bueno diferenciar el trasfondo que explica las diferencias en el uso de los conceptos entre la profesora Lozano y yo.

Eleonora entiende por ética la ciencia que estudia el lenguaje moral y que mediante distintas teorías revisa las pretensiones de validez de los

¹ De los hombres dije en el texto principal, queriendo hacer referencia a las personas, sin afán de realzar el patriarcado negando las demandas de justicia feministas.

enunciados morales. Es la forma estándar, por decirlo así, de la ética. Por ello le parece extraño mi uso del concepto “ética”. Esas diferencias llevan a Lozano a sugerir que el uso correcto de estas categorías supone que mi argumento se refiere a “la moral de los ciudadanos libres más que a la ética”. De esta manera, para la profesora Lozano, que en esto sigue a Tipke, la ética tributaria debería “corresponder al estudio de la moralidad en materia tributaria según el desarrollo de los principales sujetos involucrados en la operación del sistema tributario”. En otras palabras, para Lozano, mi argumento debería enmarcarse en lo que tradicionalmente se llama “ética tributaria” o, en el mundo anglosajón, “tax morale”. Esta forma de abordar el derecho tributario supone revisar la forma en que la moral, entendida como el correcto actuar individual, influye en el nivel de cumplimiento tributario de los contribuyentes.

Nadie dudaría que el estudio de la “ética tributaria” es relevante. En este sentido, el estudio de las razones que llevan a las personas y las empresas a pagar sus impuestos permite el diseño de políticas tributarias más efectivas para aumentar los niveles de recaudación. Véase, por ejemplo, además del análisis desarrollado por Eleonora en su comentario, el reciente estudio de la OCDE (2019), “*Tax morale: what drives people and businesses to pay tax?*”. De hecho, superado lo que Lozano denomina “problemáticas conceptuales” por las que sugiere que en el lugar de “ético” debería yo hablar de “moral”, sostiene que el tema de discusión en esta parte podría entenderse conforme a si “la ‘moral’ incluye o no en el nivel de cumplimiento tributario de los contribuyentes”. Para ello hace referencia a un trabajo del que ella y Tamayo son autores, en que concluyen: “son varias las variables que influyen en el comportamiento de las personas en lo que respecta a sus responsabilidades tributarias, que podrían dividirse en dos grupos”.

Assumo para efectos de esta respuesta que la razón por la que Eleonora vincula los trabajos de “ética tributaria” con mi trabajo, descansa en la manera en que planteo la discusión del cumplimiento de las obligaciones tributarias y la elusión. El problema es que el punto que quiero hacer en mi trabajo es distinto. Mi interés en realizar una reconstrucción de los fundamentos del derecho tributario, como parte de una tarea de reconciliación, no dice relación con las razones que cada contribuyente tiene o podría tener para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, sino con ofrecer

una posible justificación para la existencia de un *deber jurídico de pagar impuestos*. Con esto quiero decir, justificar los impuestos: i.e., justificar que exista un deber jurídico (con el contenido substantivo propio de las obligaciones tributarias) con determinadas características (con la estructura característica de las obligaciones tributarias) que se impone a los contribuyentes con independencia de si adhieren internamente a esa institución.

En otras palabras, lo que me interesa es justificar por qué existen los impuestos, qué es aquello a que dan forma las instituciones jurídicas del derecho tributario y qué consecuencias tiene esa justificación y forma jurídica para la aplicación del derecho tributario a un caso particular. Y la justificación que doy, por las razones si se quiere “hegelianas” sobre las que se construye, no puede ser –a mi juicio– puramente instrumental (esto es, el financiamiento del gasto público).

Espero que esta breve explicación muestre por qué pienso que una justificación de la institución, como la que propongo en el artículo principal, no requiere de la adhesión interna de los contribuyentes. Tal como explicó H.L.A. Hart (1994) cuando se refirió a las condiciones necesarias para la existencia de un sistema jurídico: el punto de vista interno es condición necesaria cuando se refiere a los funcionarios del sistema encargados de exigir el cumplimiento de las normas primarias de conducta. No es necesario exigir que el ciudadano, en este caso, una o un contribuyente, cumpla con sus deberes tributarios por adherir a las razones que dieron origen a la ley, basta que tenga cualquier razón para hacerlo (incluido el temor a recibir una sanción). Tampoco es necesario, para la tarea filosófica que me pongo por delante, conocer las razones que las y los contribuyentes podrían tener para cumplir con sus obligaciones.

Lo que sí me interesa argumentar en RDI, es que una justificación no instrumental de las obligaciones del derecho tributario y, por tanto, de una manera alternativa a las justificaciones liberales, es siendo parte de la “ética” o *Sittlichkeit*. El punto, entonces, es justificar que las obligaciones tributarias son del tipo de obligaciones que nos debemos unos a otros, no solo por lo que podemos hacer con esos recursos, sino porque nos definen recíprocamente como individuos (mediante el reconocimiento recíproco).²

² Quizá otro autor que sirva para esta diferenciación entre ética y moral es Habermas.

En otras palabras, esta justificación busca reconciliar al individuo con las obligaciones colectivas que le son impuestas por ser parte del Estado moderno. La idea es mostrar cómo “la familia, la sociedad civil, y el estado forman un solo sistema inteligible y coherente que promueve tanto la individualidad como la comunidad” (Hardimon, 1992, pp. 165-195). Se trata de un proyecto filosófico porque busca “reconciliar a las personas [con las condiciones de vida del mundo moderno] proveyéndoles una comprensión filosófica de las instituciones sociales centrales que les permitirán ver a pesar de las apariencias. El proyecto intenta reconciliar proveyendo una mejor comprensión racional (*vernünftige Einsicht*) a la verdadera naturaleza del mundo social” (Hardimon, 1992, p. 171-172).

La cuestión entonces es que las personas logren conectarse con el mundo social desde la dimensión cognitiva “si en principio pueden entender la organización, operación y principios subyacentes de sus instituciones centrales”. La idea es que las personas “deben entender (*begreifen*) sus arreglos institucionales básicos, y en consecuencia para poder estar en casa, el mundo social debe permitir ser comprendido” (Hardimon, 1992, p. 187)³.

Aquí Eleonora podría objetar que parte de esa explicación pueden ser lo que yo descarto por pertenecer a “tax morale”. ¿Cómo justificar la diferencia entre estos tipos de razones?

Nótese que la tarea de Hegel o la interpretación de su proyecto supone encontrar razones para que las personas entiendan los arreglos institucionales en los que viven. Esto tiene similitudes con el resto de la filosofía política, pero no es lo mismo que pensar en cómo diseñar reglas según la voluntad de los contribuyentes para cumplir con esas obligaciones. De esta manera, decir que “el mundo social es un hogar, no es equivalente a decir que satisface todas y cada uno de nuestros deseos. Es, de manera más precisa, decir que no hay una dimensión objetiva relevante de la que estemos separados. Lo que está en cuestión aquí es la alienación, no la felicidad” (Hardimon, 1992, p. 187). En otros términos, se trata de reconciliar obligaciones impuestas por el Estado para ser explicadas como autónomas.

³ Estas líneas también pueden servir para adelantar algunas de las objeciones de Hernán Bouvier a RDI.

En el esquema Hegeliano en el que trato de enmarcar mi explicación de los tributos, lo que es importante es garantizar la libertad. Es eso lo que supone el desarrollo ético de las personas, *esto es la vida ética*.

El problema de la elusión aparece así no como uno respecto de las razones (morales, en el lenguaje de Eleonora) que tienen los contribuyentes para cumplir con sus obligaciones, sino en cómo, a nivel del *Sittlichkeit*, las obligaciones tributarias son parte necesaria de la libertad individual.

La crítica que alguien podría esbozar a este proyecto entonces es que corre el riesgo de ser ideológica, en el sentido de Marx, esto es, de adolecer de falsa conciencia. Quizá a esto es a lo que se refiere la crítica de Hernán Bouvier a mi trabajo. Volveré sobre esto al responder el comentario del profesor Bouvier.

2.2. ¿Cómo la relación entre tributación y derecho de propiedad posibilita la construcción del derecho tributario sobre principios?

En este caso intencionalmente hago una modificación a la forma en que Eleonora plantea su crítica. Lo que elimino del título es la equivalencia que hace la profesora Lozano a una construcción de un área del derecho basada en principios y su asimilación, por esa razón, a una concepción del derecho distinta al derecho positivo. En sus términos “posible construcción del derecho tributario sobre principios y *no sobre derecho positivo*” (destacado agregado).

No hay razón alguna para sostener que la distinción entre principios y reglas es una distinción entre el derecho positivo y otras concepciones del derecho. Quizá la forma más adecuada de especificar esta cuestión es que la distinción entre reglas y principios no es una *necesariamente* equivalente a la distinción entre derecho y moral, o *necesariamente* con la discusión entre el positivismo excluyente y el positivismo incluyente. Es perfectamente posible utilizar estas categorías para dar cuenta de distintas concepciones de los enunciados normativos: algunos adoptan la forma de una regla y otros pueden tener una forma de principios. Al menos esta es la interpretación que hago del trabajo de Judith Freedman. Vale decir, no como un

recurso a la moral (como lo haría una concepción positivista incluyente) ni como una referencia a la aplicación de la constitución (como podría ser una concepción principalista de la constitución –o neoconstitucionalista– identificada con, y derivada de, las ideas de Alexy).

Eleonora reconoce en su respuesta que existen otros tipos de concepciones de los principios jurídicos. Quizá debí ser más explícito para mostrar cómo una concepción como la defendida en mi texto podría dar espacio para una reconstrucción de la forma del derecho tributario que haga posible la realización adecuada de su justificación.

En este sentido, los principios jurídicos pueden ser entendidos en la forma en que lo hace Raz o Marmor. Esto es, como parte del derecho positivo pero como normas que confieren potestades interpretativas a los órganos judiciales o administrativos. Se trataría de delegación de facultades por parte del legislador.

Ahora bien, creo haber sido claro en RDI que no apoyo la idea de reconstruir el derecho tributario sobre principios, incluso bajo una comprensión positivista. Esa es la apuesta que hace Judith Freedman. A mi juicio de manera errada porque desconoce la importancia de la forma jurídica (cuestión a la que vuelvo al final de mi respuesta al trabajo de Hernán Bouvier). De hecho, la propia profesora Lozano reconoce esto cuando señala: “Saffie critica esta solución por entender que el análisis del derecho tributario sobre una cuestión principiológica lo convierte en una categoría vacía, ya que no tendrá un contenido sustantivo (a pesar de prometer uno), además de poner en peligro la idea de legislación y aplicación, causando dos consecuencias: mantenimiento de la falta de legitimidad y falta de comprensión entre la forma y la sustancia; no hay un derecho tributario que pueda ser aplicado al caso particular, a no ser por medio de una legislación específica”.

3. Respuesta al profesor Eurico Marcos Diniz de Santi

En “El papel de la solidaridad en el fundamento del Derecho Tributario: análisis de la solución de reconciliación propuesta por Francisco Saffie en la racionalidad de los impuestos y la idea de reciprocidad frente a la noción

de ciudadanía fiscal”, el profesor Eurico Marcos Diniz de Santi, analiza en extenso mi argumento para argumentar que la solidaridad es necesaria pero no suficiente para resolver los problemas actuales del derecho tributario. Eurico ofrece una alternativa paralela a la que expongo en el artículo principal para mostrar cómo podrían superarse los problemas del derecho tributario en un sistema como el brasileño. A mi juicio, sin embargo, el profesor Santi va demasiado rápido. Si bien mi argumento podría encuadrarse en las categorías tradicionales y ser complementado para justificar que la solidaridad no basta, hay ciertas consecuencias y problemas que mediante ese encuadre no logran resolverse.

Partamos por los puntos en que podemos estar de acuerdo. No hay duda que un sistema complejo y opaco puede generar problemas de legitimidad y de cumplimiento (el sistema tributario brasileño es reconocido en el mundo por su complejidad y, como nos informa Eurico, por su opacidad).

En lo que parecemos no estar de acuerdo es en qué supone la legitimidad y cuáles son las consecuencias que tiene para el cumplimiento. En este punto el profesor Santi, al igual que la profesora Lozano en su comentario, está preocupado de cómo alcanzar el “*enforcement para la legitimidad y el pago del tributo*” aún “si tomáramos la premisa de que el paradigma clásico [...] se muestra equivocado y que la propiedad y la tributación son dos caras de la misma moneda”, como argumenté en RDI.

A juicio de Eurico, la falta de legitimidad de un sistema tributario puede deberse a otras razones distintas de la justificación de los tributos. En ese listado enumera: la determinación de la carga tributaria, la existencia de opciones lícitas para disminuir la carga tributaria, el modo de recaudación, falta de legitimidad por una carga tributaria excesiva, etc.

El problema de esta perspectiva, de nuevo, es que no se toma en serio el plano de discusión al que me interesa llegar. No se trata simplemente de determinar que la comprensión del ciudadano se necesita para que este entienda que debe pagar impuestos para vivir en comunidad, su carácter redistributivo o que se requieren para financiar el gasto público, como Eurico parece creer que se concentra mi trabajo. Mi punto es distinto. Es un punto filosófico que busca superar la alienación, que en el derecho tributario, se observa en las limitaciones de una justificación que da por sentado el rol de los impuestos frente a la propiedad privada. En otros términos,

es más similar a la tarea que desarrollan Murphy y Nagel en *The Myth of Ownership*. Parafraseando el análisis desarrollado por estos autores, la respuesta de Eurico a mi trabajo no considera el problema del libertarismo cotidiano: está pensando que el problema de la legitimidad se da porque existe algo así como una distribución de mercado que es afectada por los impuestos y cuya justificación requiere desarrollo, como si alguien pudiese ser titular de propiedad privada antes de impuestos (por eso el tipo de preguntas de “legitimidad” que se plantea Eurico).

Lo anterior no es lo mismo a asumir, como hacen varias constituciones, y nos recuerda Santi sobre la Constitución brasileña, que la propiedad no es un derecho absoluto. O al menos no basta con eso. El punto es precisamente que esa relación entre propiedad e impuestos en la cual son conceptos recíprocamente dependientes requiere de una forma jurídica que le dé cuerpo. Establecer a nivel constitucional la función social de la propiedad no es suficiente si la forma jurídica en que nacen las obligaciones tributarias supone hacer prevalecer el derecho de propiedad privada, como ocurre con la relación jurídica tributaria bajo el paradigma clásico. Mi punto es que la relación propiedad/solidaridad de que da cuenta el profesor Santi no es constitutiva, sino que requiere resolverse mediante ponderación. En cambio, la relación por la que argumento en mi trabajo no es la “tradicional” forma de resolver el conflicto entre propiedad e impuestos mediante las características propias del Estado Democrático y Social de Derecho, sino que ambas dimensiones son expresiones del mismo derecho a la autonomía (la privada y la pública) en distintos niveles (siguiendo el esquema de Hegel).

Mi argumento supone reconfigurar la relación entre propiedad e impuestos de forma tal que no se puede dar lugar, al explicar la obligación de pagar impuestos a una lucha de “vectores”. Es la idea que el profesor Santi tiene al no salir del “paradigma clásico”, esto explica una afirmación como esta: “El sistema tributario es hipercomplejo, diversos y sucesivos escándalos de corrupción, errores de gestión de los asuntos públicos y falta de prestación de servicios públicos básicos que el Estado se propone desarrollar, como salud, educación y seguridad, los cuales también tienen una perspectiva redistributiva, impulsan la disminución del vector de la solidaridad, así considerada la transferencia de riqueza al Estado, y causan un

aumento del vector de preservación de la propiedad privada” (Gonçalves, 2002, p. 175).

Esta diferencia de aproximación, a mi juicio, permite además mejorar desde una perspectiva analítica, los problemas a los que hacemos referencia cuando buscamos controlar o hacer más eficiente el gasto público. Si la justificación para la obligación de contribuir es distinta de la justificación del uso de los recursos públicos, aparece de inmediato la diferencia que realizan las instituciones a cargo de uno y otro asunto. Así, por un lado, los tributos están a cargo de determinar la forma en que cada contribuyente satisface su obligación ciudadana; mientras que por otra parte, una institución distinta, esto es, la ley de presupuestos, se encarga de determinar la forma y requisitos sobre los recursos que se destinan a financiar los gastos públicos. La diferencia institucional es relevante y aunque aquí no tengo espacio para desarrollar el detalle, es importante notar que la ley de presupuesto es una forma de decidir sobre bienes colectivos por medio de los representantes, no se trata de la identidad de lo que se hace con mi dinero siendo yo quien tiene potestad para determinar su uso, como pretenden ciertas ideas sobre los impuestos derivadas de lo que denomino el paradigma clásico.

Todo lo anterior no implica que al evaluar instituciones no se recurra a argumentos de eficiencia. En ese sentido, si la administración de recursos por parte del Estado, como argumenta Eurico, es de “clara ineficiencia, con una gradual alteración de funciones y recursos públicos para los entes privados, como organizaciones no gubernamentales”, es evidente que se requiere revisar el desempeño de la administración. Pero el profesor Santi estará de acuerdo conmigo, espero, en que el suyo es un argumento distinto al que me interesa desarrollar a nivel filosófico sobre la justificación de la obligación de pagar impuestos no por el uso instrumental que se haga de esos recursos. De hecho, mi argumento busca mostrar que la obligación de pagar impuestos es completamente independiente del uso que se haga de los recursos fiscales. En otras palabras, en mi argumento, la obligación de pagar impuestos no está condicionada por su uso: ya sea para fines redistributivo o por su uso eficiente para el financiamiento de bienes públicos. Insisto, eso no quiere decir que no sea relevante lo que se hace con esos recursos, pero existen instituciones distintas de los impuestos para lidiar con ese asunto.

Entiendo que las diferencias anteriores son las que llevan al profesor Santi a ofrecer una relación entre solidaridad y propiedad “paralela” a la que desarrollo en mi trabajo y, por lo mismo, no busca “refutar [mis] argumentos sino [presentar] otros puntos de vista”. Sin embargo, me parece que esas son palabras de buena crianza por parte del profesor Santi porque al proponer que “los problemas de legitimidad y cumplimiento de las obligaciones tributarias más allá de la idea de solidaridad” se pueden resolver con “características concretas del sistema tributario observadas en la sociedad” como son la “simplicidad y la transparencia” asume que existe una relación propietaria del contribuyente respecto del gasto público que es propia del paradigma clásico.

En definitiva, la idea de “ciudadanía fiscal” entendida como “el empoderamiento del ciudadano frente al sistema tributario, permitiéndole comprender qué, cómo, cuánto, cuándo y dónde se adeudan los impuestos, influyendo o no en su institución y, por otro lado, pudiendo, también, posicionarse contra medidas ilegales en el intento de recaudar los impuestos y exigir medidas sensibles frente a los demás particulares y en relación con los servidores públicos” es una definición cuyo contenido es indefinido.

El último punto al que me quiero referir en respuesta al profesor Santi es sobre la relación entre solidaridad y reconocimiento recíproco. En una movida que llama la atención, Santi sostiene que debemos abandonar la idea de solidaridad por asociarse a “una postura pasiva. De dependencia mutua que se establece entre dos o más personas”. La solidaridad, como la entiende Santi, es “unilateral y estática, no exige una acción”. A su juicio, la solidaridad debería reemplazarse por reciprocidad. Según Santi, a diferencia de la solidaridad la reciprocidad “implica dar y recibir, una situación de compromiso con el todo. No es suficiente solo sentir, sino también tener una iniciativa de participación. En este sentido, tenemos la idea de compartir. Implica dar, recibir y nutrir el sistema en su conjunto, construyendo una relación de responsabilidad y representatividad del individuo con el colectivo. La reciprocidad es bilateral y dinámica, requiere compromiso”.

Creo que la definición de solidaridad adoptada por el profesor Santi, confunde solidaridad con caridad. La caridad, a diferencia de la solidaridad, supone una posición desigual en la cual quien actúa caritativamente desconoce la igualdad del otro. Por el contrario, la solidaridad podría

“implicar un cierto tipo de apoyo activo de la búsqueda de felicidad de otro, de manera tal que uno de cierta forma comparte la definición de lo bueno del otro” (Rehg, 1997, p. 107). Es más, para Habermas, por ejemplo, la solidaridad esta “enraizada en que cada persona debe hacerse responsable de la realización del otro porque como coasociados, todos deben tener el mismo interés en la integridad del contexto de vida compartido” (Habermas, 1990, p. 244).

La solidaridad de la que darían cuenta los impuestos, según la justificación propuesta en mi texto, es parte del desarrollo ético de los individuos en el nivel del Estado, como última etapa del reconocimiento recíproco que nos debemos en la dimensión o rol de ciudadanos. Vale decir, la solidaridad como fundamento de los impuestos es un concepto político o si se quiere (volviendo a la discusión con Eleonora Lozano) ético.

Aquí es necesario hacer una pausa en el argumento, para retomarlo en mi respuesta al profesor Bouvier. Ahí abordaré con algo más de detalle la relación y las diferencias entre reciprocidad y reconocimiento recíproco (y las consecuencias que tiene para la vida ética y la noción de solidaridad), a propósito de la discusión que el profesor Bouvier presenta sobre mi interpretación del trabajo de Rawls.

Para finalizar mi respuesta al profesor Santi me gustaría terminar por aclarar que la diferencia entre su posición y la mía radica en la forma en que el individuo se entiende a sí mismo como parte del todo. El profesor Santi defiende la idea de “ciudadano fiscal” que en realidad es la idea del individuo que se informa y exige un gasto eficiente de lo que ella pagó coactivamente al Estado; en mi caso, la idea de ciudadanía supone una comprensión de un rol en que el individuo es igual a otros y para ser reconocido por los demás como un igual, satisface ciertas obligaciones colectivas, una de las cuales es el solucionar sus impuestos.

4. Respuesta al profesor Hernán Bouvier

El profesor Bouvier plantea problemas distintos a los presentados por la profesora Lozano y el profesor Santi porque no intenta volver a encuadrar mi argumento en la tradición liberal-kantiana. La crítica de Bouvier es

elegante, creativa y difícil de responder porque hace el esfuerzo de aceptar los presupuestos filosófico-políticos de mi trabajo para realizar un cuestionamiento de la forma en que sostengo mi argumento y de la aplicación del modelo alternativo al paradigma clásico que busco construir. Quizá, si lo entiendo bien, en algunos pasajes de su crítica Bouvier plantea que la tradición liberal-kantiana, al menos en alguna lectura de Rawls, podría acomodar mi reconstrucción e incluso dar cuenta mejor de los impuestos que la reconstrucción que intento en RDI. En lo que sigue intentaré contestar punto por punto la crítica de Bouvier.

4.1. Explicar, dar cuenta y justificar

La primera crítica de Bouvier se refiere al tipo de problema que busco identificar en el paradigma clásico del derecho tributario. Tiene razón Bouvier en que el paradigma clásico puede ser entendido como una “explicación”. De hecho, podría entenderse como una explicación empírica, teórica y además, una justificación normativa de los impuestos.⁴ Por lo mismo es que mi intención al ofrecer el paradigma clásico fue reconstruir de la mejor forma posible la explicación que podría ofrecerse hoy de los impuestos.⁵ En todos los sentidos que Bouvier distingue y le interesan mostrar –al menos en su crítica–, es cierto que el paradigma clásico rinde: es una explicación empírica-social, también es una explicación teórica (ya sea como análisis de sus partes integrantes para proveer claridad conceptual; en un sentido relacional para diferenciarlo con otros conceptos con los que aparece

⁴ No intentaré en esta respuesta plantear una discusión sobre estas categorías. Asumiré para todos los efectos que siguiendo estas distinciones en la forma planteada por Bouvier puedo contestar sus objeciones clarificando el propósito de mi crítica al paradigma clásico. En otras palabras, no discutiré si el derecho es el tipo de cosa que se deja explicar científicamente o si es de aquellas que deben ser entendidas. Véase: (Moon, 1977, pp. 183-198; Ruben, 1990, pp. 75-117; Skorupski, 1990, pp. 119-164 y Taylor, 1970).

⁵ Por lo mismo, diría que es una virtud de mi argumento haber reconstruido de esa forma el paradigma clásico. El punto es que esa reconstrucción no puede explicar de la mejor forma *por qué* tenemos una *estructura legal* como la que tenemos para los impuestos. En este mismo sentido, es posible explicar que los impuestos sirven para financiar el gasto público. Esa es una explicación funcional que puede servir para determinados contextos. Pero esa explicación

habitualmente asociado; y, al encontrar un mínimo común denominador entendido como la propiedad básica de todos los conceptos analizados), y además, tiene una justificación normativa. Entiendo que todo lo anterior no implica que sean buenas explicaciones, ni que no pueda criticarse el paradigma clásico. La cuestión es que Bouvier considera que RDI no es explicación suficiente en ninguno de estos sentidos.

Primero, parto por aceptar que en RDI no desarrollo el argumento siguiendo este esquema o estas distinciones respecto de cómo se puede explicar el derecho tributario. De hecho, una razón por la que no lo hago es porque no creo que todos estos sentidos de explicación sean relevantes para lo que busco hacer en RDI. En primer lugar, es claro, que RDI no pretende ser una explicación empírico-social. Tampoco podría serlo. Es más, una explicación empírica-social en estos términos me parece que haría imposible la idea que anima al proyecto de RDI: plantearse críticamente frente a la comprensión actual del derecho tributario.

En cuanto a la dimensión teórica, el problema de la crítica de Bouvier consiste en asumir que una explicación funcional puede ser adecuada para responder ¿qué es el impuesto? Dice Bouvier “sostener que [el impuesto] es aquello que se paga como contraprestación para sostener los gastos colectivos y estatales que van en su propio interés”, explica “muy bien qué son y para qué están los impuestos bajo una cierta ideología”. Claro, esta explicación muestra “para que están” los impuestos conforme a una “cierta ideología”. Si entiendo bien el punto de Bouvier, cualquier explicación que muestre las consecuencias que se siguen de una generalización normativa, bastaría como explicación. Eso lleva a Bouvier a sostener que RDI es, al final de cuentas, una alternativa que todavía debe mostrar qué explica mejor teóricamente y por qué es una mejor justificación que el paradigma clásico.

Para responder estas críticas de Bouvier me quiero concentrar en la incapacidad del paradigma clásico para mostrar por qué la elusión tributaria es un problema legal. No tengo aquí todo el espacio que necesito

no es suficiente para explicar por qué con impuestos y no con otros mecanismos. Que algo sea funcional no quiere decir que se explique por esa función. Véase: Cohen, 2000.

para desarrollar este punto, pero espero al menos mostrar sus elementos centrales.

El paradigma clásico entiende la elusión tributaria como un comportamiento legal que deja sin aplicación el derecho tributario. Todos los elementos que son parte de la explicación teórica del paradigma clásico muestran que la obligación tributaria es, al final de cuentas, una relación jurídica cuyo surgimiento dependerá de la concreción del hecho generador de la obligación. En la llamada teoría del hecho imponible, la verificación del presupuesto de hecho de la norma jurídica tributaria determina el surgimiento de la obligación de la contribuyente. RDI, entonces, busca mostrar que de ser correcta la comprensión de la elusión tributaria que se construye a partir de la relación jurídica de derecho tributario –que descansa en el paradigma clásico–, se vuelve incoherente un principio básico de esta área del derecho: que las obligaciones tributarias tienen su origen en la ley y no en la voluntad de las partes o en la voluntad de la administración. De esta manera, mostrando el defecto del paradigma clásico para conceptualizar la elusión tributaria, la explicación teórica del paradigma clásico privatiza la obligación de derecho tributario.

Claro, Bouvier podrá insistir en que no ve lo malo de esa explicación porque todavía queda por justificar normativamente que el derecho tributario no debería privatizarse. Que no es necesaria una concepción pública del derecho tributario si lo que atendemos es a la “función” de los impuestos, esto es, a su uso. Lo relevante en este caso sería que se cumpla esa función. El problema con esa explicación funcional es que no avanza en responder la pregunta ¿Por qué? ¿Por qué los impuestos y no otros mecanismos para financiar el gasto público? ¿Qué es el impuesto más allá del uso de los recursos que se obtienen coactivamente?

El punto entonces es que la respuesta a ¿Por qué se debe tributar? no nos sirve para explicar los impuestos. La pregunta es ¿Por qué se tributa mediante impuestos? La respuesta a esta pregunta nos lleva a la cuestión de la justificación.

Según Bouvier RDI “*supone* un modelo alternativo [...] pero no indica con éxito por qué es superior normativamente”. Volveré sobre este punto más adelante.

4.2. Los integrantes del paradigma clásico y la noción de impuestos como instrumentos

La discusión planteada por Bouvier pone en duda mi inclusión de las concepciones de los impuestos defendidas por Rawls y por Holmes y Sunstein en el paradigma clásico.

En el caso de Rawls, la pregunta es “en qué sentido [...] puede ser incluido sin más en una concepción meramente instrumental de los impuestos, basada simplemente en las características *i-iii* del paradigma clásico”. Mi respuesta podría partir por hacer una diferencia entre el Rawls de la *Teoría de la Justicia* y el “tardío” de la *Justicia como Imparcialidad*. En el caso de la *Teoría de la Justicia*, los presupuestos de las tareas asignadas a los impuestos son principalmente redistributivas o para financiar el gasto público.⁶ En ambos casos, la explicación de Rawls satisface las características *i-iii* del paradigma clásico. No siendo eso suficiente para Bouvier como explicación, agrego que plantear la discusión sobre los impuestos justificados en fines redistributivos, muestra que lo relevante para Rawls (en la *Teoría de la Justicia*) es justificar la redistribución como razones morales para aceptar la afectación de la propiedad. El punto de RDI es que impuestos y propiedad se definen recíprocamente. No podemos asumir, por las razones presentadas por Murphy y Nagel en *The Myth of Ownership*, que existe tal cosa como propiedad antes de impuestos. Si uno sigue hasta sus últimas consecuencias la idea que los impuestos definen institucionalmente la propiedad (y que esta es un concepto institucional y no natural), no se necesita justificar la redistribución porque esta siempre fue parte de las condiciones de la propiedad.

Podría argumentarse, siguiendo a Bouvier, que el Rawls tardío contesta mi objeción al poner “énfasis en la reciprocidad, la cooperación mutua, el sentido de justicia”, lo que lo excluiría del paradigma clásico para dejarlo como un tercero no excluido entre ese paradigma y RDI. En este caso, Bouvier me pide “conocer en qué sentido la idea de Rawls de reciprocidad es lejana u opuesta a la idea de solidaridad y fraternidad”. Aquí mi respuesta a Bouvier conecta y continúa con lo que antes con-

⁶ Para más detalles véase: Saffie, 2012, pp. 123-161.

testé a Santi sobre la solidaridad. El argumento de Bouvier es similar al desarrollado por Thom Brooks en “Reciprocity as mutual recognition” (Brooks, 2012, pp. 21-35). El punto es el siguiente: la reciprocidad tiene un rol fundamental en la forma en que un sistema democrático de propietarios (*property owning democracy*) y de socialismo liberal (*liberal socialism*) son regímenes mejor equipados para satisfacer los dos principios de la justicia por sobre otros, como el capitalismo del *laissez-faire*, el capitalismo del estado de bienestar y el socialismo estatal. En los dos primeros regímenes la reciprocidad se lograría mejor que en los otros. Brooks por ejemplo llega tan lejos como a sostener que “a mi parecer Rawls entiende que la reciprocidad incluye algo más, que se trata de una forma de reconocimiento recíproco y de identidad compartida” (Brooks, 2012, p. 27). De esta manera, a juicio de Brooks, Rawls no estaría tan lejos de Hegel como lo planteo en RDI. Es más, el argumento de Brooks es que la concepción de reciprocidad Rawlsiana debe ser entendida como “reconocimiento recíproco para dar cuenta de mejor forma de su naturaleza que supone involucrarse activamente con otros. Este involucramiento es central para la formación de una identidad política compartida. Esta identidad compartida incluye un sentido de confianza, reconocimiento, y respeto entre iguales. Es la importancia de ser reconocido y tener un sentido de reconciliación con la sociedad política lo que es central” (Brooks, 2012, p. 32). El problema de esta lectura de Brooks es que Rawls parece que deja de ser Rawls y pasa a tener una concepción mucho más robusta del bien que lo aleja de la comprensión liberal de la comunidad política. De hecho, Brooks afirma “El argumento de Rawls para la igualdad democrática debería incluir la idea que la legitimación liberal es la reconciliación política en donde nos reconocemos unos a otros como ciudadanos iguales que pertenecen juntos a una comunidad política con una identidad compartida.” En otras palabras, asumir que reciprocidad es equivalente a solidaridad. Pero esto es equivalente a sostener que existe identidad entre la legitimidad liberal de una comunidad política y el *Sittlichkeit* Hegeliano. Si es así, creo que podría aceptar que Rawls no es parte del paradigma clásico, pero dudo que un liberal Rawlsiano esté dispuesto a asumir esta posición que implica renunciar al liberalismo político.

La razón para clasificar el argumento de Holmes y Sunstein en *El Costo de los Derechos: por qué la libertad depende de los impuestos* es que se trata de una justificación que atiende exclusivamente al uso de los recursos que se obtienen mediante impuestos como razón suficiente para mostrar la necesidad de tener impuestos. Se trata, nuevamente, de un argumento que muestra cómo se da por hecho el paradigma clásico. El punto aquí es mostrar porque se trata de recursos que se necesitan para asegurar derechos. Para la justificación que presento en RDI, al concentrarse en los impuestos y no sus usos, estas razones no dicen relación con los impuestos sino con el uso de los recursos fiscales.

4. 3. Prácticas, bien interno e instituciones

Bouvier sostiene que “no es claro cuál sería la práctica no institucional que tiene un valor que hay que seguir” cuando me refiero a la práctica preinstitucional sobre la que se institucionalizan los impuestos. Efectivamente, como señala Bouvier, se trata de determinar “algo que puede existir sin impuesto, y que los impuestos realizan”, esa práctica debería tener de alguna forma elementos de reconocimiento y solidaridad en términos genéricos. Quizá de una forma poco convincente (¿se necesitan datos empíricos para tener más fuerza?) lo que sostengo es que la práctica preinstitucional es la dimensión puramente económica de los impuestos. Si se quiere, lo que siempre ha existido es la necesidad de contar con recursos comunes para algún fin común. Esa es la práctica: costear necesidades comunes. La institucionalización de esa práctica, la forma en que se desarrolla y se definen las posiciones, privilegios y derechos⁷, son los impuestos. En la práctica, a diferencia de la institución, no hay reglas.

El problema, según entiendo de las objeciones de Bouvier, es que para él la práctica y la institución son equivalentes. No estoy seguro que esa equivalencia logre mostrar adecuadamente la relación entre una práctica y su institucionalización. El problema es asumir que la práctica institucional es equivalente a la práctica preinstitucional. En el caso del derecho, la

⁷ Parafraseando la definición de institución usada por Rawls en “Dos conceptos de reglas”.

pregunta que quedaría abierta es para qué tenerlo si todos cumpliríamos de manera voluntaria; todos quienes participan en la práctica preinstitucional parecerían estar de acuerdo en que el bien justificaría el comportamiento. Eso es lo que Bouvier niega cuando dice: si participa y niega, en realidad no participa; si participa, excluye la posibilidad de objetar esos supuestos bienes. Pero la cuestión es un poco distinta. Yo diría, siguiendo a MacIntyre que es más o menos así: existe una práctica preinstitucionalizada que tiene un valor interno. Cuántas personas reconozcan ese valor como un bien es relevante solo en cuanto permita la institucionalización de la práctica. Cómo se logra esa institucionalización si por fuerza o apoyo o alguna combinación de esos u otros factores, es algo que no me interesa ni tengo las capacidades para desarrollar. Sin embargo, me parece que el punto del análisis desarrollado por MacIntyre se sostiene: que una práctica se institucionaliza y el problema está en que esa institucionalización, que busca mantener el bien de la práctica, es siempre imperfecta.⁸

Ahora bien, no estoy seguro si entiendo la idea sobre la existencia de “males” internos. Siguiendo a MacIntyre me cuesta ver la lógica de una práctica en la que existan “males” internos. ¿Cuál sería el sentido de tener una práctica entonces? ¿Qué necesidad humana puede satisfacerse con un “mal” interno de una práctica? Puede sonar a petición de principio, pero es de toda lógica que no parecen haber buenas razones para querer institucionalizar una práctica fundada en males.

En cuanto a la pedagogía que supone la realización repetitiva de las reglas de la institución (el ejemplo del ajedrez que no convence a Bouvier), quizá el escepticismo va más allá de lo que cree el propio Bouvier, ya que la forma en que cuestiona este tipo de explicación negaría una tarea como la de reconciliación que se propone Hegel y que puede inspirar la filosofía política, esto es, explicar las razones por las que ciertas instituciones no son irracionales a pesar de no ser equivalentes a nuestros deseos. El elemento deficitario del paradigma clásico puede verse en esta discusión: no es una explicación teórica adecuada porque asume que la práctica de los impuestos se desarrolla sobre una realidad institucional: la de la propiedad privada. Por

⁸ Aquí me remito a la respuesta que doy a Eleonora Lozano sobre la necesidad de adhesión interna a las reglas de la institución.

eso las apelaciones puramente individuales para justiciar la “afectación” de la propiedad privada mediante la redistribución. Este fundamento, como he dicho más arriba acarrea problemas graves para la aplicación de los impuestos: la institución pierde todo elemento solidario para depender exclusivamente de la voluntad de quién quiera pagar, lo que se refleja en la forma en que el paradigma clásico entiende la elusión tributaria.

Ahora queda por discutir el elemento normativo de RDI, lo que a Bouvier parecen “bases insuficientes”.

4.4. Reconocimiento y explicación

Tiene razón Bouvier en que puede haber otras razones normativas, distintas a las que uso en RDI, para criticar el paradigma clásico. También tiene razón Bouvier al adelantar mi respuesta a su comentario sobre la necesidad de mostrar que los impuestos pueden formar parte de lo que merece buscarse. En este sentido, ¿qué quiere decir que los impuestos merecen buscarse? ¿Se refiere a formas de obtener recursos públicos? ¿Qué son los impuestos?

Bouvier acepta que una refutación de una “explicación teórica” que los impuestos se explican mejor de una forma no instrumental, vale decir, en los términos que he venido desarrollando en esta respuesta, que una explicación funcional de los impuestos no implica que los impuestos se puedan explicar por esa función. Esto es equivalente a sostener como hacer Bouvier, que pueden haber impuestos que no financian el gasto del Estado y que hay gastos del Estado que podrían financiarse sin impuestos. Tiene razón Bouvier en que no menciono esas alternativas, pero tiene razón también cuando asume que estoy haciendo referencia implícita a las formas tradicionales en que se discute el financiamiento del Estado más allá de los impuestos (propiedad de empresas, deuda, etc, más allá de las consecuencias o efectos económicos no deseados que estas alternativas pudieran tener).

Lo que no puedo dejar de recalcar es que, a mi juicio, lo que merece buscarse no son los impuestos como mecanismos de recaudación, mi argumento no es un argumento normativo solo para dar cuenta de eso (de lo contrario caería en el paradigma clásico). Lo que merece buscarse son las razones que explican que los impuestos se recauden de la manera que se

recaudan, la relación entre propiedad privada e impuestos como conceptos institucionales, que las obligaciones tributarias tengan su fuente en la ley, que la elusión tributaria sea una conducta que deja sin efecto las obligaciones tributarias en la forma prevista por el legislador. Esto es, los elementos del derecho tributario que van más allá de la obtención de recursos (porque esto último se podría hacer con otros medios).

Estoy de acuerdo con Bouvier en que el paradigma clásico como explicación teórica y en su versión de justificación adolece de problemas de extensión y contradicciones pragmáticas, respectivamente. No puedo ahondar ahora en esa línea, pero espero desarrollar esos argumentos en paralelo y en apoyo de RDI.

4.5. Elusión y desprecio

No estoy seguro de que los ejemplos de Bouvier correspondan a casos de elusión. Tres análisis previos a la calificación de elusión creo son necesarios: (i) la regulación positiva del derecho tributario del sistema jurídico que se trate; (ii) la regulación positiva contra la elusión (si existen reglas especiales, reglas o principios generales antielusión); (iii) la aplicación de la regulación positiva contra la elusión a un caso particular. Todo esto además asumiendo que la teoría del hecho gravado se construye sobre el paradigma clásico.

Así, el caso del matrimonio para pagar menos impuestos no es necesariamente uno de elusión. Primero será necesario analizar si el derecho tributario establece un tratamiento privilegiado a los casados. Luego, si existen reglas especiales o generales, o principios generales antielusión. En caso que existan, podría ser que la regulación establezca condiciones de interpretación sustantivas sobre las instituciones del derecho privado que se trate (por ejemplo, qué constituye un verdadero matrimonio para efectos del beneficio tributario).

Lo mismo se puede aplicar respecto del ejemplo consistente en “declarar el auto nuevísimo como perteneciente a la empresa o sociedad para luego poder descargarlos como inversión en la empresa evitando la carga por adquisición de bienes personales”. Primero, asumiendo con Bouvier que existe una regla que impide usar los autos de la empresa para beneficio

personal de los dueños, estaríamos ante un caso que un acto legal, deja sin efecto el derecho tributario. En otras palabras, podemos asumir para efectos del ejemplo que la base imponible se ve erosionada en la definición del hecho gravado por esta acción. En caso de que exista regulación positiva de la elusión, será necesario aplicarla al caso particular.

En ninguno de estos casos necesitamos afirmar que la elusión es una pura cuestión moral o normativa, como parece creer Bouvier que haría RDI cuando afirma que son “estrategias cuya maldad hay que probar más allá de las antipatías que nos generen”. En eso también estamos de acuerdo.

RDI, sin embargo, permitiría mostrar que se trata de casos de elusión sin necesitar la existencia de regulación positiva de la elusión. Esa es la diferencia con el paradigma clásico. ¿Por qué? Porque la definición del derecho tributario debería atender a sus fines para la aplicación y justificación de las normas que establecen hechos gravados a casos particulares. Se necesitaría entonces analizar si en el caso del matrimonio o en el de la compra del auto a través de una empresa, se aprovecha de un beneficio para fines no previstos por el legislador o se deja sin efecto el derecho tributario ahí donde su buscó aplicarlo. Pero todo eso dependerá de la situación de hecho.

Para RDI es posible mantener la diferencia entre elusión y evasión, pero redefiniéndola. Recuerden que el paradigma clásico considera que se trata de conductas legales conforme al ordenamiento jurídico general, que dejan sin efecto el derecho tributario, por lo que es necesario demostrar que subjetivamente hubo intención de eludir; y conductas abiertamente ilegales desde el punto de vista del ordenamiento jurídico general y del derecho tributario. Para RDI, en cambio, la diferencia está en que las conductas elusivas no se considerarían legales para el derecho tributario sin necesidad de ser calificadas como elusión; la aplicación sustantiva del derecho tributario sería parte de las categorías propias de esta área del derecho y operarían en la determinación de las obligaciones tributarias.

Planteada la forma en que RDI consideraría la elusión, me atrevo a formular dos posibles respuestas a las últimas objeciones de Bouvier. En primer lugar, a juicio de Bouvier podría existir el riesgo que una autoridad judicial indique que se ha infringido una ley cuando, bajo la interpretación clásica del derecho tributario, la conducta de un contribuyente no es “captada” por una norma. El riesgo estaría, a juicio de Bouvier en que se podría

recurrir a la solidaridad como razón subyacente para ampliar el alcance de los términos de las normas. Creo que aquí va muy rápido Bouvier. De hecho, una de las razones que doy para descartar una comprensión del derecho tributario construida en base a principios, como sugiere por ejemplo Judith Freedman, es precisamente el tipo de problemas que identifica Bouvier. Lo que RDI plantea es la necesidad de repensar la forma en que el derecho tributario da forma a las obligaciones particulares, dogmáticamente: cómo se explica la generación de una obligación legal en un caso determinado, conforme a un fundamento de la obligación basado en RDI. No se trata, entonces, de apelar a la pura sustancia solidaria para fundamentar obligaciones legales.⁹

Considerando lo anterior es más fácil responder la segunda y última objeción: no habría sorpresa que genere desprecio en la determinación de las obligaciones tributarias bajo RDI. La idea es desarrollar una forma de determinación de las obligaciones tributarias en cada caso particular, pero con una pequeña modificación a lo señalado por Bouvier. Sea cual fuere la forma jurídica que permita encarnar las ideas de RDI, en ningún caso habría sorpresa para quien sabe de antemano que el solo hecho de tener propiedad privada podría generar una obligación tributaria. Me imagino que Bouvier no quiere decir en esta última objeción que no despreciar a un sujeto es permitirle “prepararse o decidir con todos los hechos, normas y razones sobre la mesa” cuando decide eludir. Lo que quiere decir Bouvier es que esa persona puede determinar en qué caso quiere estar fuera de la ley a su propio riesgo. RDI le da razones para considerar que cada vez que estructura sus negocios con la finalidad de eludir sus obligaciones tributarias está en una posición de incumplimiento legal.

Bibliografía

Brooks, T. (2012). Reciprocity as mutual recognition. *The Good Society*, 21(1), 21-35.

⁹ Véase la parte final de mi respuesta a la profesora Lozano.

- Cohen, G.A. (2000). *Karl Marx's Theory of History a Defence*. Oxford: Oxford University Press.
- Gonçalves, J. A. L. (2002). *Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros.
- Habermas, J (1990). Justice and Solidarity: On the discussion concerning Stage 6. En S. Weber Nicholzen (eds.), *The Moral Domain: Essays in the Ongoing Discussion between Philosophy and the Social Sciences*. Cambridge: MIT Press.
- Hardimon, M. (1992). The project of reconciliation: Hegel's Social Philosophy. *Philosophy & Public Affairs*, 21(2), 165-195.
- Hardimon, M. (1994). *Hegel's Social Philosophy. The Project of Reconciliation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. Oxford-New York: Clarendon Press Oxford University Press.
- Moon, D. (1977). Understanding and Explanation in Social Science: On Runciman's critique of Weber. *Political Theory*, 5(2), 183-198.
- OECD (2019). *Tax Morale: What Drives People and Businesses to Pay Tax?* OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/f3d8ea10-en>.
- Rehg, W. (1997). *Insight & Solidarity. The Discourse Ethics of Jürgen Habermas*. Berkeley: University of California Press.
- Ruben, D (1990). Singular explanation and the social Sciences. *Royal Institute of Philosophy Supplement*, 27, 95-117.
- Saffie, F. (2012). El impuesto a las herencias como una institución de justicia. *Estudios Públicos*, (126), 123-161.
- Skorupski, J. (1990). Explanation in the social sciences: Explanation and understanding in social science. *Royal Institute of Philosophy Supplement*, 27, 119-134.
- Taylor, D. (1970). *Explanation & Meaning. An Introduction to Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sección II

**DISCUSIONES:
CORTES**

**Comentario a la sentencia de la
Corte Interamericana de Derechos
Humanos en el caso Comunidades
Indígenas Miembros de la
Asociación Lhaka Honhat (Nuestra
Tierra) vs. Argentina**

*Commentary on the Inter-American Court
of Human Rights Judgment in the Indigenous
Communities of the Lhaka Honhat Asociation
(Our Land) vs Argentina case*

Oswaldo de la Fuente C.*

Recepción: 08/07/2020

Evaluación: 13/07/2020

Aceptación final: 18/07/2020

Resumen: Se evalúa críticamente la argumentación ofrecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para condenar al Estado argentino por violación al derecho de propiedad comunitaria indígena destacando dos déficits argumentativos: la ausencia, en su razonamiento, de los intereses de las familias criollas que se encontraban en un estado de vulnerabilidad y la contradicción de lo resuelto. Luego se somete a examen la ampliación que realiza la Corte sobre su competencia hacia el derecho al

* Doctorando en Derecho, Becario CONICYT-PFCHA/Doctorado Nacional/2018-21180435, Universidad de Chile. Santiago de Chile, Chile. Correo electrónico: osvaldo.delafuente@gmail.com.

Agradezco a Ana Carolina Carlos de Oliveira por su paciente y generosa disposición a discutir algunos de los puntos que se exponen en este comentario y las observaciones recibidas en el proceso de arbitraje que me ayudaron a precisar la crítica a la sentencia.

medio ambiente, la alimentación y el agua, la cual en este caso fue innecesaria y, además, no asume satisfactoriamente los desafíos institucionales que implica esa decisión.

Palabras claves: propiedad comunitaria indígena, derecho y medio ambiente, razonamiento judicial.

Abstract: The argumentation offered by the Inter-American Court of Human Rights to condemn the Argentine State for violation of the indigenous community collective right to property is critically evaluated, highlighting two argumentative deficits: the absence, in its reasoning, of the interests of the “criollo” families who were in a state of vulnerability and the contradiction of the final decision. The expansion carried out by the Court on its jurisdiction towards environmental rights, the right to food and the right to water is then submitted for examination, which in this case was unnecessary and also does not satisfactorily assume the institutional challenges implied by that decision.

Keywords: indigenous property, law and the environment, judicial reasoning.

1. Introducción

El 6 de febrero de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Corte”) dicta sentencia en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. En ella, resuelve sobre las pretendidas violaciones a una serie de derechos humanos y condena al Estado argentino por la violación de los siguientes derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la “Convención”): derecho de propiedad (artículo 21), derecho a garantías judiciales (artículo 8.1), derecho a la protección judicial (artículo 25.1), derechos políticos (artículo 23.1), derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (cuya existencia y contenido infiere por medio de una cadena de referencias a instrumentos internacionales a partir del artículo 26).

La sentencia ha sido celebrada especialmente porque, además de mantener lo que ha resuelto anteriormente en materia de propiedad comu-

nitaria indígena, por primera vez la Corte se refiere al derecho al medio ambiente, a la alimentación y al agua. Con todo, en este comentario ofrezco razones para asumir una actitud más crítica basada en un examen de la argumentación ofrecida por la Corte que sugiere moderar una posible celebración tanto por las víctimas en este caso como por quienes habitamos en la región. La idea central es que el criterio de corrección de lo resuelto debe ir más allá de la mera coincidencia con nuestras preferencias. Lo que se pide de una sentencia es una argumentación jurídica sólida que respalde la decisión y visto desde este punto de vista ella presenta deficiencias que requieren ser expuestas para que no se consoliden en el tiempo.

En este comentario, luego de situar la intervención de la Corte en el marco más general del problema político del reconocimiento a los pueblos indígenas, reviso la aplicación del artículo 21 de la Convención al caso de la propiedad comunitaria indígena que venía desarrollando la Corte en decisiones anteriores y en qué medida lo resuelto puede ser calificado como una reparación satisfactoria para las víctimas. Cierro el comentario con una revisión crítica al modo en que la Corte utiliza el artículo 26 de la Convención para traer como objeto de su decisión a un conjunto de derechos que dice han sido afectados por la misma conducta estatal haciendo presente los problemas institucionales que ocasiona en este caso y, si mantiene esta línea, en casos futuros.

2. El problema político del reconocimiento a los pueblos indígenas

Comenzar el comentario de una sentencia con una exposición del problema político del reconocimiento a los pueblos indígenas puede ser desconcertante. La Corte aplica el derecho vigente y toda consideración política se encuentra excluida del tipo de razonamiento que llamamos propiamente jurídico. Mi intención con ello no es denunciar un comportamiento partidista o sesgado de la Corte (ni tampoco afirmar que no lo tenga). Se trata más bien de fijar un punto de partida desde algo que creo no debiese causar mayor polémica: el uso estratégico de la litigación en el sistema interamericano de derechos humanos (en adelante, “el sistema interamericano”).

En base a ello, creo importante comprender la ampliación del alcance del derecho de propiedad que ha venido desarrollando la Corte como parte del reconocimiento político de los pueblos indígenas.

La litigación estratégica descansa en una idea básica: llevar un caso a la Corte es una decisión. Y la generalidad bajo la cual se encuentran formulados los enunciados jurídicos que se encuentran en la Convención, hace posible que el tipo de casos que se discutan en dicho foro respondan a una agenda de consolidación de la democracia, muchas veces enfatizando el “carácter evolutivo” de los derechos enumerados en ella que permite la ampliación de su alcance. Es más fácil reconocer esto en el trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Comisión”), que no solo conoce de peticiones sino que también cuenta con líneas de trabajo sobre temas específicos bajo lo que se conoce como “relatorías”.¹ Y con relación a la presentación de casos ante la Corte, no parece polémico afirmar que, además de la solución al caso concreto, con ello se visibilizan problemas graves en la promoción y respeto de los derechos humanos en la región.

Estas ideas no son ajenas entre quienes se encuentran comprometidos con la lucha política por el reconocimiento de los pueblos indígenas (Aylwin, 2013). En efecto, a partir de finales del siglo XX, la “cuestión indígena” ha transitado desde un problema de precariedad y pobreza hacia la pretensión de los pueblos indígenas de ser reconocidos como sujetos políticos, y uno de los foros donde se ha desarrollado esta discusión ha sido precisamente el sistema interamericano. Por cierto, esta transición no se muestra como una superación de los problemas de precariedad y pobreza que afectan a quienes integran dichas comunidades, sino que solo es un reflejo de cómo este movimiento ha ido creciendo (Torrisco Casals, 2014).

Considerando el contexto bajo el cual se desenvuelven las peticiones de pueblos indígenas ante el sistema interamericano, me interesa mostrar cómo emerge este problema político para comprender la relevancia de la ampliación del alcance del derecho de propiedad hacia una comprensión comunitaria de ella.

¹ El artículo 15.3 del Reglamento de la Comisión establece que “podrá crear relatorías con mandatos ligados al cumplimiento de sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos respecto de las áreas temáticas que resulten de especial interés a ese fin”.

Mirado desde lo que en algunas ocasiones se etiqueta peyorativamente como “occidente”, que reúne a fin de cuentas la institucionalidad a la cual pertenece el sistema interamericano, frente a la existencia de pueblos indígenas es posible aislar dos tipos de casos. Uno de ellos presenta situaciones donde una comunidad indígena vive de manera suficientemente aislada de la cultura hegemónica. A primera vista, podría pensarse que los intereses colectivos de una comunidad indígena pueden ser satisfechos bajo la idea de “dejar vivir en paz”, es decir, la mera ausencia de interferencias del exterior. Creo que este caso es muy improbable fundamentalmente porque las decisiones políticas provenientes de la cultura hegemónica directa o indirectamente afectarán su sistema de vida. Basta tener a la vista los problemas ambientales más conocidos en la discusión pública de nuestros días para advertir que un enfoque de esa naturaleza puede resultar bastante ingenuo. Una protección efectiva de los sistemas de vida de las comunidades indígenas requiere avanzar mucho más.

Así, en este tipo de casos, la emergencia del problema del reconocimiento político de los pueblos indígenas se produce porque el contacto es inevitable. Y aquí creo que surge una pregunta fundamental: ¿tiene sentido construir una comunidad política? Kant (2005, pp. 137, 141), en su libro *Metafísica de las costumbres* formuló este problema en términos contractualistas bajo el “postulado de derecho público”, según el cual “en una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar de aquel estado [de naturaleza] a un estado jurídico”. Ciertamente Kant puede ser situado en el eje liberal objeto de las críticas de homogeneización que impiden reconocer la diferencia, pero creo que al menos el postulado de derecho público permite presentar de manera suficientemente clara el problema político que me ocupa.

Para Kant, en el estado de la naturaleza existen relaciones presuntamente jurídicas que solo un estado jurídico puede consolidar.² En un estado jurídico se produce una “voluntad concordante y unida de todos” que además es públicamente conocida (Kant, 2005, p. 143). Los derechos que corresponden a cada persona no serían, por tanto, concesiones de

² Como explican Byrd & Hruschka (2010, pp. 25–27), lo que Kant llama estado jurídico corresponde a lo que conocemos actualmente como Estado de Derecho.

otros, sino que se encuentran positivizados por una voluntad en la que ella participa. Dice este autor,

el modo de tener algo exterior como suyo en el estado de naturaleza es la posesión física, que tiene para sí la presunción jurídica de poder convertirlo en jurídico al unirse con la voluntad de todos en una legislación pública, y vale en la esfera como jurídica por comparación (Kant, 2005, p. 71).

La pregunta que se sigue de estas consideraciones casi de inmediato es cómo puede ser posible construir una comunidad política que no sea ciega a la diferencia que reclaman, entre otros colectivos, las comunidades indígenas. Y parte de ello proviene del valor que se le asigne a la diferencia, para lo cual resulta imprescindible conocer a quienes no participan de la cultura hegemónica para que su identidad pueda volverse intersubjetiva.³ Como señala Arendt

Solo puede ver y experimentar el mundo tal como este es “realmente” al entenderlo como algo que es común a muchos, que yace entre ellos, que los separa y los une, que se muestra distinto a cada uno de ellos y que, por este motivo, únicamente es comprensible en la medida en que muchos, hablando entre sí *sobre* él, intercambian sus perspectivas (2015, pp. 162–163).

En base a estas ideas, creo necesario enfatizar que la protección de la propiedad comunitaria indígena requiere ser comprendida como parte de aquella “voluntad concordante y unida de todos” de la que habla Kant y no solo como una política de “dejar en paz” proveniente exclusivamente de la cultura hegemónica. Y ello invita no solo a obligaciones de delimitación de la propiedad, sino que también a generar conocimiento sobre aquellos sistemas de vida que cuentan con una protección por la especial relación que mantienen con su entorno. La sentencia de la Corte en este caso pudo haber sido una oportunidad para mostrar el valor del sistema de vida cuya protección requerían las víctimas, pero al no ser controvertido este asunto, no se le dedicó la atención que a mi juicio exige una política de diferen-

³ Véase el debate recogido en Taylor, 1994.

cia. En esto no hay un reproche jurídico alguno. Solo me interesa hacer presente que por la trascendencia que tienen las sentencias de la Corte, este tipo de consideraciones podrían ayudar a consolidar sociedades más diversas al hacer más comprensible aquello que se protege. Pasemos ahora a la crítica jurídica propiamente tal.

3. La condena por violación a la propiedad comunitaria indígena

Esta sentencia se vincula con una serie de decisiones previas de la Corte según las cuales elaboró una comprensión colectiva de la propiedad protegida por el artículo 21 de la Convención.⁴ En la primera de ellas, la Corte estableció que “la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal” (Caso

⁴ Los casos son los siguientes: 1) Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; 2) Comunidad Moiwana vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de febrero de 2006. Serie C Nro. 145; 3) Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C Nro. 125; 4) Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C Nro. 146; 5) Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C Nro. 172; 6) Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C Nro. 214; 7) Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C Nro. 245; 8) Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2013. Serie C Nro. 270; 9) Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de octubre de 2014. Serie C Nro. 284; 10) Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Serie C Nro. 304; 11) Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Serie C Nro. 305; 12) Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Serie C Nro. 309; 13) Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2018. Serie C Nro. 346.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr. 148). Para la Corte, esta interpretación extensiva del contenido del derecho de propiedad encuentra su fundamentación, en la especial relación que mantienen los pueblos indígenas con el territorio. Así dijo:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, párr. 149).

Pocos años después de esta decisión, la Corte precisó la extensión de la protección de la propiedad comunitaria indígena incluyendo también a los componentes ambientales ligados a su cultura. En ese sentido, expuso:

la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 2005, párr. 137).

Para la Corte se trata de un derecho sujeto a limitaciones pues:

la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta [...] Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos

recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones [...] respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007, párrs. 127-128).

Los modos de afectación de este derecho que han sido conocidos por la Corte son principalmente los siguientes: ausencia de delimitación, demarcación y titulación; desposeimiento; reivindicación de territorio ancestral no resuelta; ausencia de consulta previa para el desarrollo de actividades de terceros que sean compatibles con los sistemas de vida de las comunidades indígenas; y realización de actividades por parte de terceros que son incompatibles con sus sistemas de vidas (Comisión Interamericana, 2010).

El problema jurídico que fue discutido ante la Corte en el caso Pueblos Kaliña y Lokono se relaciona principalmente con el control y uso del territorio para mantener el sistema de vida de las comunidades indígenas.⁵ Y para ello, se requiere de la existencia de mecanismos efectivos orientados a delimitar, demarcar y titularizar el territorio, actividades que cumplen el propósito de hacer público el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena, especialmente frente a terceros que potencialmente pueda realizar actividades incompatibles con su sistema de vida (Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, 2015, párr. 133).

El caso, delimitado según el marco temporal de competencia de la Corte, se originó con una solicitud de titulación de las comunidades indígenas en 1991 respecto de las tierras que habitan cuya extensión alcanzaba un área aproximada de 643000 hectáreas (párrs. 59, 100). Ese mismo año, el Estado realizó la primera acción que la Corte consideró como un reconocimiento de la propiedad de las comunidades indígenas allí presentes

⁵ La Corte usa el término “estilo de vida” (párr. 94), pero me parece más apropiado, y creo que no traiciona lo resuelto por ella, hablar de “sistema de vida”.

(párr. 60), cuyo asentamiento data desde antes de 1629 (párr. 49) y que actualmente comprende más de 2000 familias indígenas (párr. 50).

La principal dificultad para cumplir con esta obligación por parte del Estado argentino se encontraba en la presencia de personas no indígenas (familias criollas) en el territorio (párrs. 36, 111, 133) como resultado de una ocupación que data de principios del siglo XX (párrs. 51-52). Se trata de aproximadamente 465 familias caracterizadas como “pequeños productores de subsistencia” (párr. 52), “cuyo vínculo con la tierra –señaló la Corte– resulta determinante para su modo de vida” (párr. 134) y que además se encuentran en un estado de vulnerabilidad, según fue acreditado durante el proceso (párr. 135-137).⁶

Con posterioridad a un acuerdo en 2007 entre las comunidad indígenas y la Organización de Familias Criollas, que distribuyó entre ambas partes el territorio disputado y que fuera luego refrendado por las autoridades (párr. 75), el Estado intentó suscribir acuerdos con las familias criollas para conseguir la aceptación de su relocalización y los términos bajo los cuales se realizaría por medio de una instancia de diálogo, en el marco de lo que la Comisión y representantes de las víctimas llaman “saneamiento” del territorio indígena (párrs. 102 y 104).⁷

Este es un punto importante del caso. Durante la diligencia *in situ* realizada por la Corte (párr. 10) se dejó constancia del siguiente testimonio de representantes de familias criollas:

Mencionaron que el traslado de las personas criollas que se encuentran en tierra reclamada por comunidades indígenas está unido al

⁶ Todo ello justificaba a mi juicio que las familias criollas hubiesen sido representadas durante el proceso ante la Corte, especialmente considerando que ella misma señaló que la situación en la que se encontraban obligaba al Estado a “adoptar acciones positivas tendientes a garantizar sus derechos” (párr. 137). En cambio, se limitó a oírlos por la utilidad para resolver el caso (párrs. 36, 43-45). Por cierto, la Corte señaló que no formaban parte del proceso (párr. 36), pero resulta al menos curioso que la flexibilidad con la cual asumió su régimen jurídico no alcance para permitir la participación como terceros a las familias criollas (una institución jurídica ampliamente reconocida en nuestros sistemas jurídicos).

⁷ El término “saneamiento” no me parece muy feliz para referirse a seres humanos. La Corte usó la expresión “relocalización” (párr. 90) para referirse a las acciones destinadas a reubicar o reasentar a las personas no indígenas fuera del territorio indígena, lo que no solo resulta más preciso, sino que además es menos despectivo.

compromiso de que el Estado brinde las mejoras adecuadas en los lugares que se determinen y a que se puedan definir los lugares de la mejor manera, para que todas las familias resulten beneficiadas (nota al pie 137 de la sentencia).

El propio Estado reconoció que una de las principales dificultades de este proceso de diálogo se encuentra precisamente en el hecho de que algunas familias criollas no estaban dispuestas a dejar sus tierras, lo que impedía continuar con el procedimiento de relocalización (párrs. 111-112, 143).

La pregunta central del caso, entonces, era si el Estado por medio de este proceso de diálogo cumplía o no con sus obligaciones internacionales. Y para ello resultaba imprescindible determinar si este proceso podía ser comprendido como una limitación al derecho de propiedad comunitaria.⁸

No obstante, la Corte no entró en este análisis y se inclinó en favor de la comunidad indígena excluyendo la posibilidad de que las familias criollas puedan permanecer en el territorio, señalando que “los procedimientos deben ser aptos para garantizar la propiedad de las comunidades indígenas sobre su territorio. El Estado no puede supeditar dicha garantía a la voluntad de particulares” (párr. 144, idea reiterada en párr. 166). Sin embargo, a pesar de la aparente firmeza con la cual se condenó al Estado, la Corte resolvió finalmente dar un plazo de seis años para que se concluya el procedimiento de delimitación, demarcación y titulación que se venía realizando, con lo cual validó el proceso de diálogo y la respuesta del Estado al informe de fondo de la Comisión (donde propuso un plazo de ocho años, párr. 85), tratando en la práctica a ese proceso como una limitación a la propiedad comunitaria.

Mi comentario se limitará a dos déficits argumentativos que creo importantes hacer presente: la ausencia de los intereses de las familias criollas en el razonamiento de la Corte y la incompatibilidad de lo resuelto. Nótese que no estoy en desacuerdo con el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena. Mi crítica se dirige al modo en que la Corte razonó y los elementos que priorizó o dejó de lado en su argumentación.

Un primer déficit argumentativo de la Corte se relaciona con el carácter absoluto que aparentemente le dio a la propiedad comunitaria indígena al

⁸ Sobre los límites a derechos humanos véase Andrade Moreno, 2020.

excluir dentro de su argumento principal la discusión sobre la compatibilidad de la presencia de algunas familias criollas y, en caso de rechazar lo anterior, concebir el proceso de diálogo como una limitación temporal a la propiedad comunitaria indígena.⁹ Nótese que existían elementos de juicio para introducir en su argumentación las razones por las cuales la presencia de familias criollas era incompatible con el sistema de vida de las comunidades indígenas. Mi crítica va dirigida especialmente a que estas consideraciones no son introducidas en la argumentación que concluye con la condena del Estado por violación del artículo 21 de la Convención, evitando con ello un análisis del proceso de diálogo como posible limitación temporal a la propiedad comunitaria indígena.¹⁰

El derecho de propiedad comunitaria indígena ha sido vinculado por la Corte a un hecho empírico: que exista efectivamente una estrecha relación con el territorio vinculada al sistema de vida de una comunidad indígena. El alcance del derecho, entonces, se encuentra sujeto a determinar en qué consiste el sistema de vida de una comunidad en particular y cómo se vincula con el territorio. En este caso, esta vinculación no fue controvertida por ninguna de las partes (párrs. 50, 89) y solo se hace una breve referencia a ella al inicio de la relación de los hechos.¹¹ Algunos testimonios transcritos en la sentencia en el análisis de otros derechos dan cuenta cómo se ha visto afectado el sistema de vida de las comunidades indígenas, lo que

⁹ El Estado había alegado la necesidad de armonizar los intereses de las comunidades afectadas al defender el proceso de diálogo que se encontraba en curso (párr. 112), argumento que, a pesar de algunas referencias aisladas, la Corte no respondió directamente y, de ese modo, eludió analizar las posibles limitaciones al derecho de propiedad comunitaria en este caso (solo lo hace respecto a obras públicas en párrs. 169-185 pero relacionado con la necesidad de realizar una consulta previa).

¹⁰ En el párr. 167, se señaló “la Corte constata que los Decretos 2786/07 y 1498/14 constituyen actos de reconocimiento de la propiedad comunitaria sobre la tierra reclamada. No obstante, el Estado no ha titulado la misma de forma adecuada, de modo de dotarla de seguridad jurídica. El territorio no se ha demarcado y subsiste la permanencia de *terceros*” (énfasis añadido) Esos “terceros” eran aquellos que anteriormente habían sido caracterizados como población vulnerable agregando que la situación en la que se encuentran obliga al Estado a “adoptar acciones positivas tendientes a garantizar sus derechos” (párr. 137).

¹¹ La única referencia que hizo la Corte es a estudios que “muestran la importancia de la relación [...] con su tierra y territorio [...] señalando la amenaza que implica el desarrollo de actividades productivas que entran en contradicción con su forma de vida” (párr. 49).

permite inferir, al menos indirectamente, en qué consiste específicamente esta relación con el territorio (párrs. 257-266).¹²

Adicionalmente, la Corte ha afirmado –en otros casos– que la extensión de la protección de la propiedad comunitaria no cubre la realización de actividades de terceros que sean compatibles con el sistema de vida de una comunidad indígena.¹³ Sin embargo, aquí existían elementos de juicio suficientes para argumentar que dicha compatibilidad no era posible: las familias criollas construyeron alambrados que impiden el uso colectivo de la tierra, practicaban tala ilegal y se dedican principalmente a la ganadería a campo abierto, afectando a la vegetación que la población indígena usa como alimento, además de contaminar el agua con heces animales (párrs. 257-266). Esto es algo que tampoco fue controvertido. El Estado instruyó el proceso de diálogo precisamente como una manera de resolver el conflicto de intereses entre ambas comunidades que surge, precisamente, porque mantienen sistemas de vida incompatibles entre sí. Sin embargo, para condenar al Estado por violación de la propiedad comunitaria indígena la Corte omite toda consideración a dicho conflicto de interés. Esto me lleva al segundo déficit argumentativo.

Como medida reparatoria, la Corte ordena al Estado a mantener el proceso de diálogo durante un máximo de seis años y bajo su supervisión directa, debiendo remitir informes de avance cada seis meses según un plan de trabajo presentado en el primero de ellos (párr. 344). Más allá de la declaración de que se condenaba al Estado, las cosas no cambian significativamente para las comunidades indígenas. Y aquí vale la pena detenerse para analizar si el razonamiento de la Corte permitía concluir que el Estado

¹² Nótese que esta referencia se realizó en el análisis sobre la violación a los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural (todos ellos invocados al caso desde el artículo 26 de la Convención). Más adelante me referiré a ello, pero de momento basta con poner atención en cómo la Corte olvidó introducir en el argumento que llevó a la condena del Estado por violación del derecho de propiedad, nada más ni nada menos que el propio fundamento de la propiedad comunitaria indígena.

¹³ En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte señaló que “no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka” (párr. 126).

incumplió sus obligaciones internacionales. Así, al momento de decidir la Corte tenía dos posibilidades:

1. Sostener que la presencia de familias criollas es irrelevante y que la ocupación del territorio que ya fue reconocido como propiedad comunitaria indígena por el Estado infringe sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.
2. Sostener que la presencia de familias criollas es relevante y que la demora en el proceso de delimitación, demarcación y titulación se encuentra justificada por la necesidad de proteger ambos intereses por medio del proceso de diálogo instruido por el Estado argentino.

La Corte asumió ambas posiciones sin advertir que no son compatibles entre sí. Por una parte, al evaluar la conducta estatal señaló:

es claro que los procedimientos instaurados no han resultado medidas suficientes, en tanto que no han logrado, después de más de 28 años de que fuera reclamado el reconocimiento de la propiedad, la plena garantía de ese derecho de las comunidades indígenas habitantes de los lotes 14 y 55 sobre su territorio (párr. 150).

Y, más adelante, agregó:

el Estado no ha titulado la [propiedad comunitaria sobre la tierra reclamada] de forma adecuada, de modo de dotarla de seguridad jurídica. El territorio no se ha demarcado y subsiste la permanencia de *terceros* (párr. 167, énfasis añadido).

Estos “terceros” a los cuales hace referencia la Corte son las familias criollas descendientes de quienes ocuparon esas tierras a principios del siglo XX. A su respecto, la Corte señaló que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos la situación de las familias criollas se encuentra sujeta a las consideraciones establecidas en la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales” (párr. 136) y que dicha cir-

cunstancia modulaba en este caso las obligaciones asociadas a la protección de la propiedad comunitaria indígena. La Corte indicó expresamente que “no puede hacerse caso omiso al modo en que el Estado tiene que cumplir con su obligación. En ese sentido, Argentina debe actuar observando los derechos de la población criolla” (párr. 138). Más adelante sostuvo:

La Corte destaca y valora positivamente el proceso de diálogo que se ha seguido en el caso con intervención del Estado, pobladores criollos y comunidades indígenas. Ello, por cuanto entiende que un procedimiento de tales características tiene la potencialidad de permitir al Estado cumplir sus diversas obligaciones y satisfacer los derechos implicados. (párr. 139).

En base a estas consideraciones no veo posible sostener, como lo hizo la Corte, que el Estado incumplió sus obligaciones internacionales. Para ello, es necesario argumentar que el proceso de diálogo forma parte del incumplimiento del Estado.¹⁴ Pero la Corte validó el proceso de diálogo al punto que como medida reparatoria ordenó, en la práctica y más allá de declaraciones un tanto retóricas, mantener su ejecución y otorgó un año más al período de tiempo que ya había señalado el Estado que requería para finalizarlo. Lo que en este caso respondía a la obligación de delimitar, demarcar y titularizar consideraba un plan de trabajo cuya ejecución se proyectaba hasta el año 2025 (párr. 85). Como resultado de este proceso judicial, la Corte ordenó al Estado que ejecutara acciones que ya estaban en curso, fijando como plazo máximo el año 2026. Lo único nuevo era un “plan de seguimiento” de la ejecución de las acciones tendientes a relocalizar a las familias criollas.

¹⁴ Si se trata de una obligación de resultado, sería posible concluir que el Estado argentino incumplió sus obligaciones internacionales. Sin embargo, la validación del proceso de diálogo instruido da cuenta de que para la Corte se trata de una obligación de medios: hacer lo posible por alcanzar el cumplimiento efectivo de sus obligaciones.

4. La violación a los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural

La enumeración de derechos en la Convención recoge diversos intereses que se encuentran especialmente protegidos. El principal efecto de las normas que establecen derechos humanos es que establecen deberes de respeto, protección y promoción que comprometen la responsabilidad internacional de los Estados. Es importante notar que más allá de la posibilidad de interpretaciones extensivas que muestran el carácter evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos, cada derecho precisa de una configuración que ofrezca un alcance delimitado que haga posible reconocer de manera efectiva qué es aquello que se protege y en qué casos ha sido afectado.¹⁵ Junto a ello, no es extraño que unos mismos hechos puedan dar lugar a una afectación de derechos “en cadena”. El caso más común es la violación de un derecho sustantivo y la ausencia de un remedio efectivo que configura además violación de garantías judiciales. Pero en estos casos, ocurre que se configuran dos situaciones de hecho que pueden ser diferenciadas en términos precisos en base al alcance de los derechos protegidos por la Convención.

Algo completamente diferente es sostener que una misma acción estatal constituya una afectación a una multiplicidad de derechos y ello es especialmente delicado cuando estos derechos no encuentran reconocimiento expreso en la Convención. Por esta razón, la decisión de la Corte de imputar al Estado la violación a los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural debe ser analizada con detenimiento.¹⁶

¹⁵ Gerards (2013, pp. 87–89) muestra este rasgo evolutivo distinguiendo entre “core cases” y “peripheral cases”.

¹⁶ La Corte “deduce” estos derechos del siguiente modo: a partir del texto del artículo 26 de la Convención -donde los Estados se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados- se remite a diversos

En lo que sigue, presentaré una crítica a lo que llamaré “la superposición de derechos” que muestra cómo la Corte incurrió en una incoherencia sistemática. También descarto la posibilidad de condenar al Estado por la violación de múltiples derechos en caso de que se conceda autonomía a algunos de los elementos que configuran el alcance del derecho de propiedad comunitaria indígena. Finalmente criticaré el tratamiento que dio la Corte a dos de estos derechos: el entendimiento del derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo y la reparación que ordenó la Corte respecto a la violación al derecho a la alimentación adecuada, que convirtió un asunto que requería ser probado durante el proceso judicial en uno que resolverá a futuro por medio de un procedimiento administrativo que instruirá la propia Corte.

4.1. La superposición de derechos y la autonomía de los elementos que configuran el alcance del derecho de propiedad comunitaria indígena

Como fue señalado en la sección anterior, la Corte reconoció hace unos años el derecho de propiedad comunitaria indígena dentro del alcance del derecho de propiedad establecido en el artículo 21 de la Convención. Sobre su justificación ha señalado, correctamente a mi juicio, que los pueblos indígenas se vinculan con el territorio que habitan creando un sistema de vida que es sensible a las intervenciones en su entorno por parte de terceros, ya sea por la ocupación del territorio o la afectación de componentes ambientales vinculados a ese sistema de vida.

En este caso, la Corte estimó que se encontraba suficientemente acreditado que las costumbres de las familias criollas amenazaban la subsistencia del sistema de vida de las comunidades indígenas allí presentes (párr. 278). En particular, a su criterio, las acciones que resultaban incompatibles con

instrumentos internacionales que darían cuenta de la existencia de normas que establecen derechos humanos. A mi juicio, la Corte asume una tesis naturalista sobre la fundamentación de derechos humanos, que hace colapsar la distinción entre derechos morales y derechos humanos. Para una discusión sobre la fundamentación de los derechos humanos, véase Iglesias Vila, 2016.

ello eran la construcción de alambrados que impedían el uso colectivo de la tierra, la tala ilegal y la ganadería a campo abierto, que afectaba la vegetación que la población indígena usaba como alimento, además que contaminaba el agua con heces animales (párrs. 257-266).¹⁷

Estas acciones, en la medida en que amenazan la subsistencia del sistema de vida de las comunidades indígenas, constituían entonces modalidades de afectación del derecho de propiedad comunitaria indígena que reclamaban la intervención del Estado en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sorprendentemente, la Corte no vio así las cosas en tanto expuso que:

La Corte advierte que los hechos referidos muestran que la presencia de criollos en el territorio indígena, así como distintas actividades, han generado un impacto. La cuestión a determinar es, si en el caso, dicho impacto ha implicado el menoscabo a derechos específicos, en forma adicional a la *mera interferencia* con el goce de la propiedad, cuestión ya examinada en el capítulo anterior de esta Sentencia. Además, en su caso, debe determinarse si es atribuible al Estado el daño acaecido (párr. 273, énfasis añadido).

Este párrafo de la sentencia es extraordinariamente importante para comprender el sacrificio innecesario que realizó la Corte al derecho de propiedad comunitaria indígena. Para introducir en el sistema interamericano los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, la Corte se ve en la necesidad de calificar lo que en decisiones anteriores constituía una amenaza para la subsistencia de los sistemas de vida de comunidades indígenas como una “mera interferencia con el goce de la propiedad”.¹⁸

¹⁷ Nótese que la Corte analiza el derecho de propiedad comunitaria indígena en la sección de la sentencia correspondiente a la violación de los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural.

¹⁸ Un poco más adelante, en el párrafo 275, la Corte reiteró citas de decisiones anteriores sobre el fundamento de la propiedad comunitaria indígena e incluso concluyó que “sí hubo un impacto relevante en el modo de vida de las comunidades indígenas respecto de su territorio” (párr. 278), lo que sugiere fuertemente que la Corte no pareciera advertir el problema de coherencia sistemática que está introduciendo con esta sentencia.

Más allá de lo poco afortunada y contradictoria que es esta expresión (una mera interferencia refiere a una afectación que debe ser tolerada, que es todo lo contrario a una amenaza a la subsistencia del sistema de vida de una comunidad indígena), existe acá un problema genuino sobre la posibilidad de que la afectación a un elemento que configura el alcance de un derecho tenga una importancia tan relevante que requiera ser reconocido como un interés protegido por una norma independiente de derechos humanos (y la efectividad de una protección de este tipo). Y el problema se vuelve particularmente relevante si se toma en cuenta que la pretendida autonomía se articula en base a derechos que no encuentran un reconocimiento expreso en la Convención y que serían el resultado de la práctica internacional de los Estados que se infiere de instrumentos internacionales que no exhiben de forma clara la misma naturaleza jurídica de la Convención.¹⁹

Para delimitar el análisis asumo que es claro que se trata de una sola conducta estatal la que violaría múltiples derechos humanos. Para justificar esto último, la Corte se apoyó en la idea de interdependencia entre el ambiente y los derechos humanos (párrs. 243-254). Pero hasta aquí no se está diciendo nada muy diferente a que en tantos sistemas físicos las personas somos susceptibles a las variaciones de nuestro entorno. Y para afirmar esto es redundante hacer referencia a otros derechos. Basta con identificar la modalidad de afectación del derecho respectiva. Si un Estado corta el suministro eléctrico de un medio de comunicación para evitar que divulgue una visión crítica al gobierno, dicha acción constituye una clara violación de la libertad de expresión. Y para ello, no hace falta argumentar que se ha visto afectado un derecho a tener acceso a electricidad, por muy

¹⁹ La Corte utiliza el latinajo *corpus iuris* para eludir el problema de la naturaleza jurídica de estos instrumentos, lo cual es controvertido entre sus miembros. Véase el voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto. Esto último es un problema de identificación de normas que establecen derechos humanos que abre preguntas sobre la legitimidad de la Corte. No entraré en esta discusión porque me parece que hay una pregunta previa sobre la delimitación del alcance de los derechos humanos. La necesidad de identificar nuevos derechos puede ser una respuesta a la rigidez sobre cómo se concibe el alcance de los derechos. El reconocimiento del carácter evolutivo de los derechos humanos rechaza esa rigidez y vuelve muy problemático la ampliación del catálogo de derechos en la medida de que los problemas ambientales encuentren una respuesta en la ampliación del alcance de derechos cuya existencia no es discutida.

relevante que sea para desenvolverse en las sociedades contemporáneas el uso de energía.

El resultado de esta argumentación es una superposición de derechos que supone asumir ciertos compromisos teóricos que creo necesario resistir. La superposición de derechos requiere que el alcance de los derechos humanos sea difuso y que gracias a ello sea posible que existan áreas cubiertas por más de uno de ellos. Si esto es así, podría sostenerse que esto es relevante para efectos de evaluar la conducta estatal, en términos tales que sería más grave aquella que cae dentro de un área cubierta por la mayor cantidad de derechos humanos posibles. Pero para llegar a esa conclusión la superposición es innecesaria y exige el pago de un precio muy alto al introducir una incoherencia sistemática que dificulta la comprensión de los derechos establecidos en la Convención y con ello su protección efectiva.

Pero aun asumiendo una concepción de los derechos humanos de este tipo, persiste otro problema. No es del todo claro que la Corte se encuentre obligada a imputar tantas violaciones como derechos humanos sea posible identificar. Al ser especial la afectación a la propiedad comunitaria indígena en este caso, no parece razonable condenar al Estado por otros derechos que protegen intereses que ya se encuentran protegidos por la propiedad comunitaria indígena. Como ya fue señalado, la Corte era consciente de este problema porque para dar inicio al análisis de la violación de los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural se vio en la necesidad de calificar la violación al derecho de propiedad comunitaria indígena como una mera interferencia (que, como ya se dijo, denota un grado de afectación bastante menor y que incluso en el lenguaje corriente refiere a algo que debe ser tolerado por el titular del interés).

Hasta aquí la dedicación de la Corte para superponer derechos afectados por la misma conducta estatal parece completamente innecesaria e introdujo una incoherencia sistemática; esto porque asumió que el alcance de los derechos humanos contenidos en la Convención es lo suficientemente difuso como para que existan áreas de intersección de derechos, dificultando así la dogmática de los derechos fundamentales.

La Corte, por otro lado, argumentó que la relevancia de los elementos que configuraban el alcance del derecho de propiedad comunitaria

indígena, era lo suficientemente alta como para configurar por sí misma intereses protegidos por normas que establecían derechos humanos. La Corte dedicó varios párrafos de su sentencia para mostrar cómo la práctica internacional reconoce la relevancia de la protección de nuestros entornos, la alimentación adecuada, el agua y la vida cultural (párrs. 202-254). Y sin duda se trata de materias importantísimas. Sin embargo, como correctamente señala Raz (2010, p. 323), que algo sea valioso no significa que tengamos un derecho humano a ello. Se requiere de un paso adicional para dar cuenta de la existencia de un derecho humano que vincule aquello que valoramos con las materias sobre las cuales los Estados reconocen la competencia de la Corte.

La ampliación de la competencia de la Corte, más allá de cuestiones de legitimidad, requiere de una reflexión sobre su real capacidad de examinar rigurosa y detenidamente los múltiples aspectos políticos, socioculturales y legales asociados a los casos que examina (Gerards, 2013). Las dificultades asociadas a ello se ven claramente en la comprensión que intentó trazar la Corte sobre el derecho a vivir en un medioambiente sano y el derecho a la alimentación, como nuestro a continuación.

4.2. El derecho a vivir en un medioambiente sano como derecho autónomo

Como fue señalado en la subsección anterior, dada la relación física que tenemos con nuestro entorno algunos problemas ambientales constituyen una modalidad de afectación de derechos humanos, planteando así un dinamismo en el alcance de algunos de estos derechos bajo un proceso que ha sido descrito como un “enverdecimiento” de los derechos humanos: casos que al momento de redactar la Convención no fueron considerados pero que admiten ser reconocidos dentro del alcance de derechos humanos establecidos en el derecho internacional.

En el sistema europeo de derechos humanos, la emisión de ruidos molestos ha sido considerada como una afectación de la vida privada y familiar (Tigroudja, 2009), mientras que, en el sistema interamericano, este proceso de “enverdecimiento” se ha desarrollado principalmente bajo una

concepción del derecho de propiedad que incorpora la relación de pueblos indígenas con su entorno (Shelton, 2010, pp. 118–123).

Al margen de este proceso, desde la toma de conciencia de los problemas ambientales que se consagra internacionalmente en la conferencia de Estocolmo de 1972, muchísimos países han incorporado dentro de sus constituciones referencias al medioambiente, pero no ha logrado un reconocimiento similar a nivel internacional (May & Daly, 2009). Sin embargo, el alcance de este reconocimiento ha sido variado y no exento de problemas debido a las dificultades para formular un enunciado lingüístico que exprese de manera satisfactoria aquello a lo que se refiere un “medioambiente sano o adecuado”. Y las razones no solo dicen relación con los límites de nuestro lenguaje, sino que también porque la representación que tenemos de nuestro entorno se encuentra determinado por los riesgos que cada sociedad prioriza en la esfera pública (Douglas & Wildavsky, 1983). Esta dimensión política del riesgo ambiental ha motivado una segunda vía para la incorporación de los problemas ambientales dentro del discurso de derechos humanos: los así llamados “derechos procedimentales”.

Los derechos procedimentales reúnen en un mismo grupo el acceso a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia. Todos ellos asumen que la determinación de qué es un “medioambiente adecuado” es un asunto político, que depende de las circunstancias sociales y económicas de cada Estado. Con ello, se busca que los procesos de deliberación política sobre el riesgo ambiental, habitualmente encomendados legislativamente a la administración, consideren los intereses de diversas personas involucradas en el uso de los componentes ambientales. El concepto de costo-oportunidad permite capturar el problema: la regulación ambiental define un uso posible para nuestro entorno y con ello dicho uso se privilegia frente a otros usos alternativos. Por ejemplo, la declaración de un área protegida restringe el uso de ese territorio para actividades económicas incompatibles con su objeto de protección; la fijación de un estándar de calidad del agua compatible con actividades industriales excluye un uso recreativo o turístico.

Una vez definidos algunos estándares ambientales, la determinación del contenido del derecho a un medioambiente adecuado puede realizarse en base a la referencia a dichos estándares (o puede ser reconocido como

una ampliación del alcance de otros derechos). El incumplimiento de estos estándares por parte de privados permite activar mecanismos de defensa de derechos fundamentales bajo lo que se conoce como el efecto horizontal de los derechos humanos. Así, en la medida en que se contemple la protección constitucional de un derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, la referencia al estándar ambiental infringido habilita para exigir a un tribunal el término inmediato a la situación contaminante como reparación a este tipo de afectación, sin perjuicio de las multas administrativas que correspondan.²⁰

No obstante, siempre ha estado presente la idea de establecer a nivel internacional un derecho autónomo a vivir en un medio ambiente adecuado. Para ello, se ofrecen diversas razones ampliamente compartida de porqué nuestro entorno es valioso y se describen diversos casos de problemas ambientales, sin que se ofrezca, hasta donde tengo conocimiento, un diagnóstico de las dificultades que han encontrado los Estados que cuentan con un derecho de esas características en sus constituciones para darle una protección efectiva desde el discurso de derechos humanos. Como he señalado anteriormente, que algo sea valioso no es suficiente para justificar su reconocimiento como un derecho humano y al mismo tiempo esta falta de reconocimiento no es óbice para que cada Estado apruebe regulaciones ambientales efectivas, como ha ocurrido ampliamente en diversos países.

El principal problema para configurar un derecho a vivir en un entorno sano es que su alcance requiere de una mediación institucional que la intervención de la Corte no puede reemplazar. El riesgo que acepta una comunidad política no es un asunto meramente técnico al cual pueda remitirse la Corte. El conocimiento de nuestro entorno requiere de criterios de priorización de naturaleza política para que sean adoptadas las decisiones sobre el riesgo ambiental que una comunidad política acepta. Por otro lado, los riesgos ambientales más graves encuentran una respuesta satisfactoria por medio del enverdecimiento de los derechos humanos y el reconocimiento de que los riesgos ambientales son un asunto político justifica razonablemente la existencia de derechos procedimentales. Más allá de este modo

²⁰ Este sería el caso, por ejemplo, de actividades riesgosas que se desarrollan al margen de las autorizaciones administrativas que le resultan aplicables o, en general, de los controles que establece la ley.

de responder a los problemas ambientales no es claro qué consigue aportar el lenguaje de los derechos humanos (Woods, 2006).

Estas consideraciones permiten mostrar cuán innecesario era en este caso ampliar la competencia de la Corte hacia el reconocimiento de un derecho a un medio ambiente sano autónomo. Considerando las decisiones previas de la Corte, bastaba con considerar la afectación a los componentes ambientales vinculados a la cultura de las comunidades indígenas como una modalidad de afectación del derecho de propiedad comunitaria indígena.

4.3. La medida reparatoria frente a la violación por el derecho a la alimentación adecuada

La Corte también declaró que el Estado argentino violó el derecho a la alimentación adecuada de las personas que integraban las comunidades indígenas que habitaban el territorio objeto de análisis en el proceso. La justificación de este derecho siguió una línea similar a la anterior: de la práctica internacional, que se infiere de una serie de instrumentos internacionales, dedujo la relevancia de la alimentación para los seres humanos, por tanto, existía una norma de derechos humanos que protegía el interés a la alimentación adecuada²¹. Como esta manera de razonar presenta problemas similares a los que fueron analizados al inicio de esta sección, en esta última parte del comentario me centraré en la medida reparatoria que ordena la Corte, porque es una muestra más de las dificultades institucionales que enfrenta al ampliar su competencia hacia derechos económicos, sociales y culturales.

La medida reparatoria que me ocupa es la establecida en el párrafo 332, donde la Corte expresó:

esta Corte ordena al Estado que, en el plazo máximo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, presente a la Corte un estudio en que identifique, dentro del conjunto de personas que integran las comunidades indígenas víctimas, situaciones críticas

²¹ Me refiero solo al derecho a la alimentación adecuada para simplificar el argumento, pero creo posible extender mi argumento al derecho al agua.

de falta de acceso a agua potable o alimentación, que puedan poner en grave riesgo la salud o la vida, y que formule un plan de acción en el que determine las acciones que el Estado realizará, que deben ser aptas para atender tales situaciones críticas en forma adecuada, señalando el tiempo en que las mismas serán ejecutadas. El Estado deberá comenzar la implementación de las acciones indicadas en el plan de acción en forma inmediata a la presentación del mismo a este Tribunal. La Corte transmitirá a la Comisión y a los representantes el estudio referido, a efectos de que remitan las observaciones que estimen pertinentes. Teniendo en cuenta el parecer de las partes y la Comisión, la Corte evaluará si el estudio y el plan de acción presentados son adecuados y se corresponden con los términos de la presente Sentencia, pudiendo requerir que se completen o amplíen. La Corte supervisará la implementación de las acciones respectivas hasta que evalúe que cuenta con información suficiente para considerar cumplida la medida de reparación ordenada.

Esta medida reparatoria muestra elocuentemente las dificultades institucionales que enfrenta la Corte al momento de ampliar su competencia hacia derechos económicos, sociales y culturales. La orden al Estado para que elabore estudios significa que el proceso judicial no fue capaz de determinar fehacientemente los hechos bajo los cuales se imputa la violación del derecho a la alimentación adecuada. Y no solo eso, la Corte establece un procedimiento administrativo para determinar el grado de afectación y las reparaciones que asumirá el Estado en forma posterior a la sentencia.

La Corte ha mostrado en el pasado una comprensión deficitaria sobre el razonamiento probatorio (Ferrer Beltrán, 2020). En esta sentencia parece profundizar esta incompreensión al dejar para actos posteriores a la decisión que pone término al proceso judicial la averiguación de la verdad que es propia de la institución del proceso. Para ver esta conexión, basta con tener presente que si los jueces se encuentran sujetos a aplicar el derecho, entonces deben aplicar una regla solo en aquellos casos en los cuales se da la situación de hecho prevista por ella (*vid.* Taruffo, 2013; Ferrer Beltrán, 2013, p. 31; Haack, 2013, p. 74). La actividad judicial se comprende en nuestra cultura bajo un razonamiento donde los hechos probados configuran una premisa fáctica que luego se subsume en una premisa normativa

dando como resultado la decisión del caso (Carbonell Bellolio, 2017). Y ocurre que la elaboración de informes para complementar la premisa fáctica con posterioridad al término del proceso hace imposible un razonamiento que permita concluir la condena al Estado argentino. Si el supuesto de hecho de una norma no fue acreditado, no resulta aplicable la consecuencia jurídica en ella establecida.

Podría pensarse que consideraciones de justicia exigen actuar de este modo. Pero ¿es efectivo que la Corte no tenga atribuciones para ordenar diligencias probatorias durante el proceso? Basta una mera lectura del reglamento de la Corte para ver que eso no es efectivo. El artículo 58, apartado a, de dicho reglamento se refiere a las diligencias probatorias de oficio y habilita expresamente a la Corte para “procurar de oficio toda prueba que considere útil y necesaria”.

Mi conjetura es que la incapacidad de determinar durante el proceso la infracción al derecho a una alimentación adecuada llevó a la Corte a crear esta figura *ad hoc* al margen del proceso y que mantiene sin solución el conflicto. Este es el tipo de problemas institucionales que surgen cuando la Corte amplía su competencia hacia derechos económicos, sociales y culturales: se trata de asuntos altamente complejos que involucran factores históricos, culturales, sociales y económicos. Esto no significa en ningún caso que no sean asuntos de gran trascendencia, solo que si la Corte desea realmente entrar a examinar estas materias deberá esforzarse muchísimo más en su análisis durante el proceso. Si la tarea que asume le queda demasiado grande se afecta gravemente la credibilidad del sistema interamericano al ofrecer soluciones que en la práctica deja a las víctimas esperando por una solución definitiva.

Hay un problema adicional sobre el modo en que la Corte resuelve conocer los hechos. Configurado como medida reparatoria, decide que se realicen acciones para recopilar, organizar y analizar información con la participación de quienes intervinieron en el proceso judicial, configurando así un procedimiento administrativo para decidir sobre las reparaciones específicas que ejecutará el Estado en el futuro. Ante la ausencia de prueba, la Corte decide dejar indeterminada la sentencia y establece un método para que sea completada a futuro entre las partes en el proceso en el marco de una condena al Estado argentino por hechos que no fueron probados.

Hasta qué punto la Corte podrá asumir una tarea de este tipo es algo que se verá con el tiempo. Pero creo razonable sostener por el momento que, en la práctica, el proceso judicial no ha terminado: cada informe podrá ser objeto de discusión entre las partes y requerirá de un pronunciamiento de la Corte en plazos acotados que requerirán de una mayor frecuencia de sesiones extraordinarias para resolverlo.

Es muy común que sentencias judiciales que se refieran a derechos económicos, sociales y culturales sean vistas y se celebren como un triunfo en la consolidación de valores democráticos. Y sin duda para quien los demanda judicialmente, una sentencia favorable será un alivio frente a la precariedad que motivó su acción judicial. Con todo, me parece que si se miran las cosas con detenimiento no hay buenas razones para celebrar giros “jurisprudenciales” de este tipo, porque la intervención de los jueces en realidad no son más que un síntoma de un sistema político debilitado. En sintonía con lo señalado por autores como Atria (2014) y Moreso (2017), una “jurisprudencia consolidada” en materia de derechos sociales significa la ausencia de un mecanismo de asignación de bienes sociales universal y, en lugar de ello, su acceso dependerá del privilegio de contar con asesoría jurídica para demandarlos. En muchísimos casos no habrá más remedio porque vivimos en sistemas políticos débiles. Pero eso no debiese ser motivo de celebración porque quienes no han demandado no habrán tenido la misma suerte y nos distrae de la discusión de fondo: fortalecer nuestros sistemas políticos en la región.²² Si la Corte, no obstante lo polémica que pueda ser su intervención, desea tomar cartas en el asunto y corregir el acceso deficitario a derechos económicos, sociales y culturales en la región ampliando su competencia, se enfrenta a complejidades históricas, económicas, sociales y culturales que sin una argumentación jurídica sólida no estará en condiciones de asumir y con ello solo contribuirá a debilitar al sistema interamericano al no proveer una solución efectiva a las víctimas.

²² A veces se asume demasiado rápido que tras la sentencia, las cosas serán tomadas más en serio por los Estados. Pero un pensamiento de este tipo no parece hacer justicia a las complejidades económicas, sociales y culturales que dificultan este proceso, las cuales requieren de una acción política.

Bibliografía

- Andrade Moreno, M. (2020). Sistema de restricción de derechos. En Muñoz León, F. y Ponce de León Solís, V. (Eds.), *Conceptos para una nueva Constitución* (pp. 173-192). Santiago de Chile: DER Ediciones.
- Arendt, H. (2015). *La promesa de la política* (F. Birulés y E. Cañas, Trans.). Barcelona: Austral.
- Atria, F. (2014). ¿Existen derechos sociales? *Estudios Nueva Economía*, 3(1), 15-43.
- Aylwin, J. (2013). Los mecanismos internacionales para la reclamación de derechos indígenas en América Latina: Avances y tensiones. En Martí i Puig et al (Eds.), *Entre el desarrollo y el buen vivir: Recursos naturales y conflictos en los territorios indígenas* (pp. 43-67). Madrid: Catarata.
- Byrd, B. S., y Hruschka, J. (2010). *Kant's doctrine of right: A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Carbonell Belloolio, F. (2017). Elementos para un modelo de decisión judicial correcta. *Revista de Estudios de La Justicia*, 27, 1-35.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.
- Douglas, M., y Wildavsky, A. B. (1983). *Risk and culture: An essay on the selection of technological and environmental dangers*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press.
- Ferrer Beltrán, J. (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2019). Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la CorteIDH. *Quaestio facti*, 1(1), 359-382.
- Gerards, J. (2013). The scope of ECHR rights and institutional concerns: The relationship between proliferation of rights and the case load of the ECtHR. En Brems, E. y Gerards, J. (Eds.), *Shaping rights in the ECHR: The role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights* (pp. 84-107). Cambridge: Cambridge University Press.

- Haack, S. (2013). El probabilismo jurídico: Una disensión epistemológica. En Vásquez, C. (Ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- Iglesias Vila, M. (2016). ¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos. *Anuario de Filosofía Del Derecho*, 32, 119–144.
- Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres* (A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Trans.). Madrid: Tecnos.
- May, J. R., y Daly, E. (2009). Vindicating fundamental environmental rights worldwide. *Oregon Review of International Law*, 11, 365–439.
- Moreso, J. J. (2017). Una aristocracia para todos. *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, 6(2), 1–31.
- Raz, J. (2010). Human rights without foundations. En Besson, S. y Tasioulas, J. (Eds.), *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press.
- Shelton, D. (2010). Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (6), 111–127.
- Taruffo, M. (2013). La verdad en el proceso. *Derecho & Sociedad*, 40, 239–248.
- Taylor, C. (1994). *Multiculturalism and the politics of recognition: An essay*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Tigroudja, H. (2009). El derecho a un medio ambiente sano en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Ambiental*, 3, 155–167.
- Torbisco Casals, N. (2014). Derechos indígenas: Reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos. En Hierro Sánchez-Pescador, L. (Ed.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto* (pp. 81-127). Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Woods, K. (2006). What does the language of human rights bring to campaigns for environmental justice? *Environmental Politics*, 15(4), 572–591.

Yrusta v. Argentina: la desaparición forzada por un periodo breve

*Yrusta v. Argentina: Short Term Enforced
Disappearance*

María Clara Galvis Patiño*

Recepción: 20/09/20

Evaluación: 21/10/20

Versión final: 03/11/20

Resumen: El artículo comenta el primer dictamen del Comité contra la Desaparición Forzada. Según el Comité, el ocultamiento, por más de siete días, del paradero de una persona que inicialmente estaba legítimamente privada de la libertad, cumpliendo su condena en una cárcel oficial del Estado, constituye desaparición forzada y detención en secreto, a la luz de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. El artículo ilustra la aplicación al caso sometido a consideración del Comité de algunos de los aspectos novedosos de esta convención, que fortalecen la protección internacional frente a las desapariciones forzadas, como el derecho a no ser sometido a desaparición forzada y la prohibición de detención en secreto. También se refiere al llamado “elemento temporal” de la desaparición forzada y resalta la posición tomada por el Comité sobre el particular.

Palabras clave: desaparición forzada, detención en secreto, desaparición forzada por un periodo breve, Comité contra la Desaparición Forzada.

* Docente-investigadora de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: maria.galvis@uexternado.edu.co. Agradezco a quien hizo la revisión ciega de este artículo, a Rainer Huhle y a Oswaldo Arias Avila por sus valiosos comentarios.

Abstract: The article comments the first view of the Committee against enforced disappearance. According to the Committee, the concealment, for more than seven days, of the whereabouts of a person that was initially legitimately deprived of liberty, and serving his sentence in an official prison, constitutes enforced disappearance and secret detention, in the light of the International Convention for the protection of all persons from enforced disappearances. The article illustrates the application to the case submitted to the Committee of some of the important progress and novel aspects introduced by this Convention in order to enhance the international protection against enforced disappearances, such as the right not to be subjected to an enforced disappearance and the prohibition to be held in secret detention. The article refers to the so-called “temporal element” of the enforced disappearance and highlights the position set by the Committee in this regard.

Key words: forced disappearance, secret detention, short term enforced disappearance, Committee against Enforced Disappearance.

1. Introducción

En el proceso de configuración de la desaparición forzada como ilícito internacional, la primera decisión judicial, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, se encuentra en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también “Corte Interamericana” o “Corte IDH”), en el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (Corte IDH, 1988). Allí, la Corte Interamericana, sin una norma positiva de derecho internacional que definiera la conducta ilícita, estableció, entre otros aspectos, que la desaparición forzada es una violación autónoma de derechos humanos convencionales, y declaró que el Estado hondureño violó, en perjuicio del señor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, varios derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante también “Convención Americana” o “CADH”).

Con el mismo objetivo de proteger a los seres humanos contra las desapariciones forzadas y sin que existiera en ese entonces un instrumento internacional específico, desde 1980, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones

Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas (CDH, 1980) realiza sus labores, mediante procedimientos no judiciales.

Posteriormente, gracias al impulso, entre otros, de familiares y de asociaciones de familiares de personas desaparecidas, se adoptaron los primeros instrumentos internacionales de protección contra la desaparición forzada: la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (ONU, 1992) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (OEA, 1994), (en adelante, también “Convención Interamericana” o “CISDFP”). En 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (ONU, 2006), (en adelante también “Convención Internacional”), tratado que contiene disposiciones que brindan una protección más robusta que los instrumentos internacionales de la década anterior, dirigidas a la prevención de las desapariciones forzadas, a la lucha contra la impunidad del delito de desaparición forzada y al respeto y garantía de los derechos de las víctimas a la justicia y a la reparación (ONU, 2006, preámbulo).

El objetivo de este artículo es comentar el primer dictamen del Comité contra la Desaparición Forzada (en adelante también “Comité”), adoptado el 11 de marzo de 2016, en el caso *Yrusta v. Argentina*, cuyos hechos, ocurridos en democracia, recuerdan que la desaparición forzada se comete también en contextos democráticos y no únicamente en conflictos armados, dictaduras o regímenes autoritarios.

En este dictamen, el Comité interpretó y aplicó por primera vez en un caso individual la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aparte de ser el primer dictamen, con el que se inicia la jurisprudencia del Comité en materia de comunicaciones individuales, el caso *Yrusta v. Argentina* tiene importancia por los temas que aborda, que dejan ver, con la claridad de su aplicación en un caso concreto, la relevancia de la Convención Internacional para una mayor protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. En este sentido, en cada uno de los apartes, el artículo resalta los avances tanto de la Convención Internacional como de la interpretación realizada por el Comité en el caso *Yrusta v. Argentina*.

Inicialmente, el artículo presenta los hechos que dieron lugar a la intervención del Comité y que sirven de fundamento a su decisión. Posteriormente, aborda algunos temas que representan los avances de la Convención Internacional en materia de prevención de la desaparición forzada, lucha contra la impunidad y derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, que el Comité abordó en el caso *Yrusta v. Argentina*. En este contexto, los temas que el artículo trata, en su orden, son: i) el derecho de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada, ii) la irrelevancia, para la configuración de la conducta de desaparición forzada, del tiempo de duración del ocultamiento de la suerte o paradero de la persona que ha sido privada de la libertad, iii) el derecho de toda persona a no ser detenida en secreto, iv) las obligaciones estatales que la Convención Internacional estableció para prevenir esta práctica, relativas a establecer y mantener registros oficiales de las personas privadas de libertad, v) el derecho a garantizar el acceso a dicha información a quienes tengan interés legítimo en la información que repose en esos registros oficiales y vi) la obligación estatal de investigar la desaparición forzada y no solo la muerte causada con posterioridad al cese del primer ilícito.

El artículo finaliza con una breve reflexión sobre la importancia del papel de las autoras de la comunicación y unas conclusiones sobre el valor y alcance de este primer dictamen del Comité contra la Desaparición Forzada.

2. Hechos relevantes del caso *Yrusta v. Argentina*

Roberto Agustín Yrusta fue condenado, en diciembre de 2005, a ocho años de prisión por los delitos de robo con arma de fuego y porte de arma de guerra, y recluido en una cárcel oficial, en la provincia de Córdoba, en Argentina. El señor Yrusta denunció ante los tribunales de esta provincia a miembros del Servicio Penitenciario por las torturas a las que había sido sometido durante su privación de libertad, que incluían permanencia en celdas de castigo por largos periodos, asfixia con bolsa de nailon, golpes, amenazas, cama de sujeción encadenado. También denunció públicamente estos hechos en una entrevista en un programa de televisión. Luego de las denuncias, las torturas y malos tratos se agravaron.

Dado que temía por su vida, solicitó el traslado a la provincia de Santiago del Estero, donde vivía parte de su familia. No obstante, fue trasladado a la provincia de Santa Fe. Sus hermanas preguntaron varias veces, durante más de siete días, a las autoridades penitenciarias, por el paradero de Roberto Agustín. No obtuvieron respuesta alguna ni fueron informadas sobre el lugar al que había sido trasladado su hermano. Al entrar nuevamente en contacto con sus hermanas, vía telefónica, les contó que desde su llegada a la cárcel en la provincia de Santa Fe había sido torturado diariamente con detención en celdas de castigo, custodia para realizar llamadas telefónicas y falta de atención médica.

Meses antes de que el señor Yrusta pudiera acceder a la libertad asistida y a su libertad definitiva, las autoridades penitenciarias de la Provincia de Santa Fe comunicaron a sus familiares que su hermano se había suicidado ahorcándose. Dadas las características que tenía el cuerpo cuando les fue entregado (heridas y cortes en varias partes del cuerpo, hematomas, un golpe en la cabeza y signos de impactos de balas de goma), las hermanas del señor Yrusta desconfiaron de la versión de las autoridades.

Las hermanas de Roberto Agustín consideraron que este fue desaparecido, habida cuenta que durante los más de siete días que siguieron a su traslado a Santa Fe, el paradero de su hermano les fue ocultado, a pesar de las reiteradas solicitudes de información dirigidas a las autoridades penitenciarias de su país.

Los hechos de los que fue víctima el señor Roberto Agustín Yrusta seguidos de la falta de una respuesta adecuada y diligente de las autoridades de investigación penal argentinas dieron lugar al primer dictamen del Comité contra la Desaparición Forzada.

3. El derecho de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada

El primer aspecto que aborda el Comité contra la Desaparición Forzada en su dictamen en el caso *Yrusta v. Argentina* es el relativo al derecho de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada, cuya consagración en la Convención Internacional es uno de sus rasgos distintivos y constituye

un avance importantísimo en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en materia de desaparición forzada.

El texto de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas comienza afirmando categóricamente que “nadie será sometido a una desaparición forzada” (ONU, 2006, artículo 1). El carácter absoluto de la prohibición se hace evidente en que la Convención Internacional precisa con claridad que en “ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra, amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada” (ONU, 2006, artículo 1.2). De esta manera, el derecho de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada fue instituido por los redactores de la Convención Internacional mediante su prohibición absoluta.

En el artículo 2, la Convención Internacional consagra las dos conductas que configuran una desaparición forzada¹: 1) la privación de la libertad de cualquier forma (arresto, detención, secuestro u otra), por parte de agentes estatales o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado seguida de 2) la negativa a reconocer dicha privación o del ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida.

En el caso *Yrusta*, el Comité sostuvo, en relación con el primer elemento de una desaparición forzada, que de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Internacional, la conducta puede iniciar con una detención ilegal o con una detención inicialmente legal, “como en el presente caso, con ocasión de un traslado” (CED, 2016, párr. 10.3). Este traslado fue decidido

¹ A partir de las definiciones de los instrumentos internacionales específicos sobre desaparición forzada (la Declaración de 1992 sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y las convenciones interamericana sobre desaparición forzada de personas, de 1994, e internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006), un sector amplio de la doctrina sostiene que la desaparición forzada exige tres elementos o requisitos para su configuración. Fabián Salvioli, miembro del Comité, con quien coincido, considera que la desaparición forzada exige dos elementos relativos a la conducta y que el requisito personal no está referido a la conducta sino a la cualificación de la persona que comete una desaparición forzada. Se trata entonces de dos criterios en torno a una misma definición: uno que encuentra tres requisitos, sin distinguir la naturaleza de cada uno de ellos, y otro criterio que identifica dos elementos de conducta y un elemento personal.

por las autoridades penitenciarias mientras el señor Yrusta estaba privado de su libertad de manera legal, por orden de una autoridad judicial penal de su país.

En cuanto al segundo elemento de una desaparición forzada, el Comité consideró que “la falta de respuesta de las autoridades penitenciarias a las peticiones de información de la familia del Sr. Yrusta sobre su paradero, así como la falta de información sobre lo ocurrido durante los más de siete días en los cuales el paradero del Sr. Yrusta quedó desconocido, constituyen un ocultamiento de su suerte o paradero” (CED, 2016, párr. 10.4). Agregó el Comité que durante esos días Roberto Agustín Yrusta no pudo comunicarse con nadie ni recibir visitas y ni él ni su familia tuvieron acceso a un tribunal que determinara la legalidad de su situación durante el traslado de un centro penitenciario a otro.

El Comité concluyó que los actos de los que fue objeto el señor Yrusta durante los más de siete días siguientes a su traslado a una cárcel en la provincia de Santa Fe configuran una desaparición forzada, que implica la violación de los artículos 1 y 2 de la Convención Internacional.

Como se puede observar a partir del razonamiento y conclusiones del Comité, el caso *Yrusta v. Argentina* es el primer pronunciamiento en el sistema universal de protección de derechos humanos, con base en una fuente convencional, sobre la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada, protegido –como quedó dicho arriba– mediante la prohibición absoluta establecida en el artículo 1 de la Convención Internacional. Hasta entonces, este derecho sólo había sido desarrollado, sin fuente convencional, por la jurisprudencia del sistema interamericano, como derecho autónomo, y por la jurisprudencia del sistema universal, como violación de varios derechos con la conducta de desaparición forzada. A continuación se mencionan estos desarrollos jurisprudenciales, que preceden al caso Yrusta.

En el ámbito universal, el Comité de Derechos Humanos, desde la década de los 80, con fundamento en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante también “Pacto” o “PDCP”), ha declarado la responsabilidad de los Estados, en casos con los elementos que en la actualidad son considerados como constitutivos de una desaparición forzada, por

la violación de varios derechos consagrados en este tratado, a saber: los derechos a la vida; a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a la libertad e integridad personales; a recibir un trato humano y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante la privación de la libertad y al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Las características y el contenido del tratado que debe interpretar y aplicar el Comité de Derechos Humanos, un tratado de carácter general que no contiene en su texto el derecho de las personas a no ser sometidas a desaparición forzada ni prohíbe esta práctica, lo han llevado a desarrollar en sus dictámenes sobre comunicaciones individuales el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, como una violación de varios derechos protegidos por el Pacto.

En sus primeros dictámenes, entre 1980 y 1982, el Comité de Derechos Humanos decidió varias comunicaciones² en las que dio por probada la detención sin orden judicial y la negativa de las autoridades uruguayas a dar información sobre el paradero de las personas detenidas, sin calificar los hechos como desaparición forzada. En 1983, luego de concluir que Elena Quinteros fue detenida por la Policía de Uruguay en territorio de la embajada de Venezuela en este país y encerrada en un centro de detención militar donde fue torturada, concluyó, así mismo, que “la responsabilidad por la desaparición de Elena Quinteros incumbe a las autoridades del Uruguay” (CCPR, 1983, párr. 16). Esta responsabilidad, bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, implicó, según el Comité, el incumplimiento de las obligaciones de respetar los derechos de Elena Quinteros a no ser sometida a tortura (artículo 7), a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9) y a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante la privación de libertad (artículo 10.1).

En las décadas siguientes, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos continuó evolucionando. Además de los derechos mencionados, el Comité ha considerado que la desaparición forzada también

² Ver, entre otros, los casos *Ismael Weinberger v. Uruguay*, Comunicación No. R.7/28, 29 de octubre de 1980; *Rosario Pietraroia v. Uruguay*, Comunicación No. R.10/44, 27 de marzo de 1981; *Eduardo Bleier v. Uruguay*, Comunicación No. R.7/30, 29 de marzo de 1982.

vulnera el derecho a la vida³ y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.⁴

En el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos la situación normativa y jurisprudencial es similar, en lo relativo a la inexistencia convencional de un derecho a no ser sometido a desaparición forzada, y a la vez distinta, en tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adjudicado la responsabilidad estatal por desaparición forzada como violación autónoma, aunque no de manera consistente.⁵ En 1988, en el emblemático caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, esta Corte caracterizó la desaparición forzada como una violación de derechos humanos autónoma, grave, compleja, múltiple y continuada, con fundamento en un tratado de carácter general, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tampoco consagra el derecho a no ser sometido a desaparición forzada ni prohíbe explícitamente esta práctica. En el sistema interamericano, la fuente jurisprudencial del derecho a no ser sometido a desaparición forzada se mantiene hasta el presente como la única. La Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada en 1994, aunque significa un progreso importante en la consagración normativa de otros aspectos, tales como la definición de la conducta de desaparición forzada y la afirmación de que su práctica en ningún caso puede justificarse en circunstancias excepcionales (CISDFP, 1994, artículos III y X), no estableció en su texto el derecho a no ser sometido a desaparición forzada. Y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fundado la prohibición absoluta de la desaparición forzada en el carácter de *jus cogens* de esta pro-

³ Ver, al respecto, entre otros, los casos *El Awani v. Libia*, Comunicación N° 1295/2004, 29 de agosto de 2007; *Bousroual v. Argelia*, Comunicación N° 992/2001, 26 de abril de 2006; *Sarma v. Sri Lanka*, Comunicación N° 950/2000, 31 de julio de 2003.

⁴ En los casos *Kimouche v. Algeria* y *Grioua v. Algeria*, Comunicaciones No. 1328/2004 y No. 1327/2004, ambos decididos el 10 de julio de 2007, el Comité consideró, por primera vez, la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en el contexto de una desaparición forzada. Esta línea de decisión se mantiene hasta la fecha. Al respecto, ver, entre otros, *Rosa María Serna y otros v. Colombia*, Comunicación No. 2134/2012, de 22 de septiembre de 2015 y *Christian Téllez Padilla v. México*, Comunicación 2750/2016, 5 de agosto de 2019.

⁵ Acerca de las inconsistencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este particular, ver Galvis M. (2020a).

hibición (Corte IDH, 2006), mas no en la Convención Internacional, como bien podría haberlo hecho.⁶

Como se ha mencionado en este artículo, el desarrollo del derecho a no ser sometido a desaparición forzada ha sido, en las circunstancias ya anotadas, meramente jurisprudencial, dadas las características y limitaciones de tratados generales de derechos humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es entonces un gran avance en la protección internacional contra la desaparición forzada que el comité encargado de interpretar la Convención Internacional haya calificado las acciones y omisiones del Estado argentino en perjuicio de Roberto Agustín Yrusta como constitutivas de desaparición forzada. Así, el primer dictamen del Comité refleja que, además de su valor simbólico, la consagración del derecho a no ser sometido a desaparición forzada en un tratado de alcance universal le da certeza jurídica y fortalece su protección internacional. Sin duda, la protección de un derecho tiene mayor estabilidad cuando los desarrollos jurisprudenciales sobre el mismo se han cristalizado en normas de alcance universal.⁷

4. La desaparición forzada no depende del tiempo en que una persona permanezca privada de libertad sin que se conozca su paradero

La doctrina⁸ y la jurisprudencia han debatido sobre si se requiere o no de un elemento temporal para que se califique una conducta como desaparición forzada. La pregunta que subyace a este debate es ¿cuánto tiempo debe durar el ocultamiento de la suerte o paradero de la persona privada de la libertad para que se configure una desaparición forzada? En el derecho internacional de los derechos humanos, ni la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ni la

⁶ Sobre el uso que le ha dado la Corte Interamericana en su jurisprudencia sobre desaparición forzada a la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ver Galvis (2020b).

⁷ Sobre este particular, ver Galvis (2020a).

⁸ Ver Citroni (2016).

Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas ni la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas incluyen un elemento temporal al definir la conducta de desaparición forzada. Estos instrumentos internacionales solo requieren, para su configuración, i) la privación de libertad (por agentes del estado o particulares que cuentan con su autorización, apoyo o aquiescencia) seguida de ii) la negación de la privación de libertad o del ocultamiento del paradero o suerte de la persona.⁹

Una referencia al elemento temporal aparece en la definición de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad contenida en el Estatuto de Roma, donde se afirma que la conducta debe cometerse “con la intención de dejar [a las personas] fuera del amparo de ley por un periodo prolongado” (Estatuto de Roma, 1998, artículo 7.2.i). El Comité de Derechos Humanos se ha basado en esta definición para sostener que todo acto de desaparición de ese tipo constituye una violación de muchos de los derechos consagrados en el Pacto (CCPR, 2003, 2006 y 2007).

En el caso *Aboufaied v. Libia*, el Comité de Derechos Humanos consideró que la detención en secreto de los hermanos Idriss y Juma Aboufaied, durante cuatro y quince meses, respectivamente, dio lugar a su desaparición forzada, conducta con la que se violaron sus derechos al reconocimiento de su personalidad jurídica, a la libertad y a la seguridad personales, a no ser sometidos a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho de toda persona privada de la libertad a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, todos ellos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR, 2012, párr. 7.3) El Comité precisó que la desaparición forzada de los hermanos Aboufaied los privó de la protección de la ley durante el periodo en que estuvieron sometidos a detención secreta, en violación de su derecho al reconocimiento como personas ante la ley (CCPR, 2012, párr. 7.10).

⁹ Ver el considerando tres del preámbulo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y los artículos II y 2, respectivamente, de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas y de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Esta conclusión del Comité de Derechos Humanos dio lugar a votos particulares de tres de sus miembros:¹⁰ Nigel Rodley, Walter Kälin y Fabián Salvioli. El primero, si bien coincidió con el dictamen de la mayoría, sostuvo que la detención en secreto por un periodo breve no prueba que la persona haya sido puesta fuera del amparo de la ley y que sin esta desprotección no se puede calificar una detención como desaparición forzada. La distinción entre detención arbitraria y desaparición forzada, en su criterio, “parece incluir un elemento de tiempo en la noción de desaparición forzada” (CCPR, 2012b, párr. 2). Al experto Rodley le preocupaba que la consideración como desaparición forzada de detenciones secretas por plazos relativamente breves pudiera banalizar la desaparición forzada.

Por su parte, Walter Kälin se apartó de la decisión de la mayoría, en relación con la situación de Idriss (detenido en secreto en dos ocasiones por un tiempo de dos meses cada vez), por considerar que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se vulnera solo cuando las víctimas son privadas “por un periodo prolongado de toda posibilidad de ejercer sus derechos” y se les niega el acceso a un recurso contra esas violaciones (CCPR, 2012c, párr. 4).

El voto del experto Salvioli, si bien es parcialmente disidente en lo que tiene que ver con las consideraciones del Comité sobre la violación del derecho a la vida, en lo atinente al tiempo mínimo requerido para que una detención sea considerada como desaparición forzada, coincide con la decisión de la mayoría. Aunque a él también le preocupaba que la noción de desaparición forzada se debilitara, sus razones son diferentes y tienen un sentido distinto a las expresadas por el experto Rodley: se encuentran en el riesgo que implicaría introducir la “dimensión temporal” como un elemento adicional de la conducta. Ello podría tener consecuencias graves al demorar la activación de las acciones urgentes previstas en los instrumentos internacionales que protegen a las personas frente a las desapariciones forzadas. El experto Salvioli sostuvo que ha habido “mucho sabiduría en el derecho internacional de los derechos humanos, en no haber jamás introducido un mínimo plazo de tiempo de detención para fijar un estándar

¹⁰ Otros dos miembros del Comité emitieron votos particulares concurrentes en relación con el análisis que hizo el Comité sobre la violación del derecho a la vida (artículo 6 del Pacto).

dar artificial y fragmentado del crimen de desaparición forzada” (CCPR, 2012d, párr. 13).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que para calificar una conducta como desaparición forzada no importa su duración. Esta consideración le permitió afirmar que el ocultamiento del paradero de una persona que está en poder del Estado, consistente en la falta de identificación y entrega de los restos a sus familiares, durante dos días, constituye desaparición forzada (Corte IDH, 2012, párr. 368). No obstante, la Corte IDH no llegó a esta conclusión interpretando la definición de desaparición forzada consagrada en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, habida cuenta que este tratado no era aplicable al caso porque los hechos a los que se refiere la Corte IDH iniciaron y cesaron en noviembre de 1985, antes de la aprobación de dicha convención, en 1994. La Corte IDH llegó a la conclusión mencionada en su calidad de intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que, como se ha indicado, no contiene una definición de desaparición forzada, no prohíbe esta práctica y no consagra el derecho a no ser sometido a desaparición forzada.

El caso *Yrusta* le permitió al Comité contra la Desaparición Forzada, como intérprete auténtico de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, dejar claro que, en el derecho internacional de los derechos humanos en materia de desaparición forzada, el tiempo que una persona permanezca privada de libertad sin que se sepa donde está no es determinante para caracterizar los hechos como desaparición forzada. En efecto, el Comité, al interpretar la definición de desaparición forzada del artículo 2 de la Convención Internacional, con ocasión del ocultamiento a sus familiares del paradero de Roberto Agustín Yrusta durante más de siete días, sostuvo que la desaparición forzada se constituye con la privación de libertad seguida de la negativa a reconocer dicha privación o del ocultamiento de la suerte o paradero, sustrayéndola de la protección de la ley, “cualquiera sea la duración de dicha privación de libertad u ocultamiento” (CED, 2016, párr. 10.3).

De esta manera, el Comité reafirmó que la característica que identifica una conducta de desaparición forzada y la distingue de otras graves violaciones de derechos humanos como la detención arbitraria es la concurrencia

de dos conductas: la privación de libertad y el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona, sin que importe el tiempo de dicho ocultamiento.

Bajo la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, para calificar una conducta como detención en secreto no se requiere ningún elemento temporal. Cuando la Convención Internacional dice que nadie será detenido en secreto no agrega plazo alguno. La prohibición de detención en secreto leída en conjunto con la definición de desaparición forzada del artículo 2 –que tampoco somete la conducta prohibida a plazo alguno– apoya la conclusión del Comité, en el sentido que, con cualquier duración, la detención en secreto constituye desaparición forzada.

Bajo la Convención Internacional no son pertinentes las consideraciones según las cuales la sustracción de la protección de la ley debe ser prolongada; tampoco aquellas que indican que la sustracción de la ley es necesaria para que se configure la desaparición forzada. Según el texto de esta Convención, la sustracción de la protección de la ley es una consecuencia de la desaparición forzada y no un requisito para su configuración. La interpretación que hizo el Comité de la definición de desaparición forzada reafirma lo sostenido en el texto convencional: la sustracción de la ley es una consecuencia de la conducta y no un requisito de la misma.

Establecer que la configuración de la desaparición forzada no requiere un elemento temporal no significa banalizar su extrema gravedad ni permitir que conductas menos graves sean consideradas como desapariciones forzadas. Menos aún cuando la Convención Internacional consideró la práctica de la detención en secreto como una modalidad de desaparición forzada. Y es que la detención en secreto pone inmediatamente a la persona por fuera de la protección de la ley, justamente por ser secreta. Como lo advirtió el experto Fabián Salvioli, añadir un requisito temporal a la configuración de la desaparición forzada puede tener la grave consecuencia de demorar la puesta en funcionamiento de los mecanismos de protección urgente previstos en los instrumentos internacionales de protección contra las desapariciones forzadas (CCPR, 2012d, párr. 13).

El Comité, con su interpretación en el caso *Yrusta* no hizo otra cosa que aplicar al caso bajo examen el marco normativo convencional que, al definir la conducta de desaparición forzada, preserva su extrema gravedad.

Que la desaparición forzada pueda ser breve o prolongada y que, como en este caso, haya iniciado con una privación de libertad legítima, solo muestra que la privación de libertad seguida del ocultamiento del paradero de la persona puede adquirir diversas modalidades y expresiones.

5. El derecho de toda persona a no ser detenida en secreto

La práctica de detener a las personas en secreto ha sido identificada y reprochada por órganos internacionales de protección de derechos humanos como una violación del derecho a la libertad personal y del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Sin embargo, su prohibición expresa no había sido reconocida como derecho autónomo en ningún instrumento internacional anterior a la Convención Internacional. Tampoco había sido concebida normativamente como una manera de prevenir las desapariciones forzadas ni como una modalidad de desaparición forzada. La Convención Internacional consagra por primera vez en el derecho positivo internacional el derecho a no ser detenido en secreto. Y opta una vez más por la fórmula de la prohibición absoluta de la conducta como manera de configurar el derecho, al establecer de manera categórica, en el artículo 17.1, que “nadie será detenido en secreto”.

En 1994, la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas había logrado un avance importante al afirmar que toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos (CISDFP, 1994, artículo XI). Esta norma permite enfrentar la lamentable práctica de detención de personas, sin orden de un juez, por autoridades estatales en lugares clandestinos, que ha sido empleada en varios países de América Latina. No obstante, el nivel de protección logrado con la Convención Internacional es mayor, en la medida en que elabora el deber estatal en forma de prohibición absoluta como un derecho de toda persona a no ser detenida en secreto. Adicionalmente, la formulación de la Convención Internacional pone el énfasis en el carácter secreto de la detención y no solo en la naturaleza del lugar de detención, que, según la Convención Interamericana, debe ser un lugar oficial, para evitar las detenciones clandestinas.

En el caso *Yrusta v. Argentina*, el Comité sostuvo que:

[L]os Estados partes están en una posición especial de garante de los derechos de las personas privadas de la libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre ellas. Por lo tanto, se encuentran especialmente obligados a garantizar a las personas privadas de libertad los derechos establecidos en la Convención y a tomar medidas eficaces para que, entre otras, la privación de la libertad no pueda convertirse en ningún momento en una detención en secreto y desaparición forzada (párr. 10.5).

Teniendo en cuenta que ningún agente del Estado informó a los familiares de Roberto Agustín Yrusta ni a él mismo sobre su traslado ni sobre el lugar donde se encontraba, y que permaneció detenido en forma aislada sin poder comunicarse con nadie durante más de siete días, el Comité consideró que estos hechos constituyeron una violación del derecho de toda persona a no ser detenida en secreto, en incumplimiento del artículo 17.1 de la Convención Internacional.

La anterior conclusión del Comité hace del caso *Yrusta* el primer pronunciamiento de un comité convencional de la ONU sobre la responsabilidad internacional del Estado por la violación de la prohibición de detener personas en secreto. Como se dijo, hasta entonces esta prohibición no tenía consagración en un tratado internacional.

El caso muestra además que la detención en secreto puede ocurrir en una prisión oficial y no solo en un lugar clandestino de detención. Cuando las autoridades garantes de sus derechos no suministran información sobre el paradero de la persona que está legítimamente en poder del Estado, como en este caso, en que las autoridades judiciales y penitenciarias argentinas no informaron, por más de siete días, sobre el traslado de prisión ni sobre el lugar de reclusión al que fue llevado el señor Yrusta, se viola la prohibición de no ser detenido en secreto.

De esta manera, el caso hace evidente el avance que representa la Convención Internacional, en el sentido que el deber de mantener a las personas privadas de libertad en lugares de detención oficiales no es suficiente para prevenir una desaparición forzada. El deber adicional de asegurar que

ninguna persona sea detenida en secreto fortalece, sin duda, la protección internacional. No se trata solamente de que el lugar de detención sea oficial. Además, el lugar de detención debe ser conocido, en todo momento, por la persona privada de libertad, por sus familiares y por otras personas con interés legítimo, así como por las autoridades estatales con competencias para vigilar y controlar a aquellas encargadas de las personas privadas de libertad.

Por otra parte, el caso *Yrusta v. Argentina* confirma, por la vía de las decisiones en casos individuales, lo que ya el Comité había afirmado en relación con la prohibición de detención en secreto. Entre otras, en sus observaciones finales sobre Irak, en relación con las alegaciones de práctica de la detención secreta en este país (negadas por el Estado), el Comité recomendó clausurar inmediatamente o convertir en un centro de detención ordinario cualquier centro de detención secreta o lugar donde haya personas sometidas a detención secreta (CED, 2015, párr. 29).

6. La obligación de establecer y mantener registros oficiales de las personas privadas de libertad

Las autoridades penitenciarias argentinas no registraron el día y la hora del traslado del señor Yrusta; tampoco el lugar de destino, ni la autoridad que ordenó el traslado ni la encargada de realizarlo. En los registros carcelarios, el señor Yrusta aparece con tres nombres distintos (Roberto Agustín Yrusta, Mario Alejandro Ríos o David Salvador Torres), lo que ciertamente dificultó tener certeza sobre su ubicación durante las diferentes fases de su detención (CED, 2016, párr. 10.2).

La conducta de los agentes del Estado desconoció lo dispuesto en el artículo 17.3.h) de la Convención Internacional sobre el deber de registrar “[e]l día y la hora de la liberación o del traslado a otro lugar de detención, el destino y la autoridad encargada del traslado”.

En la Convención Internacional, la prohibición de detención en secreto, en su dimensión de medida para prevenir las desapariciones forzadas, se complementa con otras medidas de carácter preventivo como el deber de establecer y mantener registros oficiales de personas privadas de libertad,

que contengan, por lo menos, la información que el artículo 17.3 indica, relacionada con: i) la persona privada de la libertad (su identidad e información sobre su integridad física); ii) las circunstancias de la privación de la libertad (día, hora, lugar y motivos de tal privación); iii) las autoridades que intervienen en la privación de la libertad (quien la ordena, quien la realiza y quien la controla); iv) donde permanece la persona privada de la libertad (lugar de privación de la libertad, día y hora de admisión en ese lugar y la autoridad responsable del sitio); v) las circunstancias que modifiquen la privación de la libertad o el lugar donde se lleva a cabo (día y hora de la liberación o traslado y en este último caso, el nuevo destino y la autoridad encargada de hacerlo y vi) en caso de fallecimiento de la persona privada de la libertad, los motivos del deceso y el destino del cuerpo de la persona fallecida.

Al pronunciarse sobre la obligación convencional de establecer y mantener registros oficiales de las personas privadas de libertad, el Comité recordó a los Estados partes de la Convención Internacional que “tienen la obligación de garantizar que la información relevante sobre la privación de la libertad y el desarrollo de la detención sea disponible en registros detallados y accesibles” (CED, 2016, párr. 10.5).

Los hechos del caso y el dictamen del Comité reflejan el vínculo entre la existencia de registros oficiales que contengan la información indicada en la Convención Internacional y la prevención de detenciones secretas. En efecto, si los registros oficiales de personas privadas de libertad incluyen al menos la información a que se refiere el artículo 17.3 de la Convención Internacional ello, en sí mismo, puede evitar que el paradero de las personas privadas de libertad se oculte a sus familiares. Dicho de otra manera, así se puede evitar que las personas desaparezcan estando en poder del Estado.

También relacionado con la prevención de detenciones secretas, los hechos del caso Yrusta le permitieron al Comité disponer una medida de reparación de carácter general, que tiene impacto más allá de la situación del señor Yrusta. El Comité requirió al Estado de Argentina que tome las medidas necesarias para hacer efectivas las garantías de no repetición que la Convención Internacional establece, incluida “la organización y mantenimiento de registros de conformidad con lo estipulado en la Convención” (CED, 2016, párr. 12.e). Esta medida de reparación busca garantizar que hechos similares a aquellos de los que fue víctima el señor Yrusta no se repitan. En

particular, está orientada a que el Estado pueda corregir las deficiencias en el registro de los traslados y de la identidad de las personas privadas de libertad.

Como complemento de la medida de reparación mencionada, el Comité requirió al Estado que difundiera ampliamente el contenido del dictamen, “en particular, pero no exclusivamente, entre los miembros de las fuerzas de seguridad y el personal penitenciario encargados de cuidar y atender a las personas privadas de libertad” (CED, 2016, párr. 13).

Esta medida de reparación tiene un carácter preventivo y uno de no repetición, por cuanto el conocimiento de los hechos y de las conclusiones del dictamen del caso Yrusta, por parte del personal penitenciario, permite que se implementen mecanismos y prácticas para evitar la repetición de hechos similares en el futuro.

7. El derecho de acceso a la información que reposa en registros oficiales de personas privadas de libertad

Una de las formas para prevenir detenciones secretas y desapariciones forzadas, expresada en la Convención Internacional, como se mencionó anteriormente, se concreta en la obligación de los estados de establecer y mantener registros oficiales de personas privadas de la libertad. Esta sola obligación no es suficiente, puesto que, para que la prevención sea efectiva, se requiere, además, que las personas con interés legítimo –allegadas y allegados, familiares, abogadas y abogados– tengan derecho de acceder a cierta información relativa a la privación de la libertad. De no ser así, la obligación de mantener dichos registros no puede desplegar toda su potencialidad protectora.

La Convención Internacional garantiza a las personas con interés legítimo el acceso a la información relacionada con: la decisión de privación de la libertad (la autoridad que la ordena, fecha, hora y lugar de la privación); la autoridad que controla la privación de libertad; el sitio de privación de libertad (admisión de la persona, dónde se encuentra y, en caso de traslado, destino y autoridad responsable del mismo); los aspectos relacionados con la salud; en caso de fallecimiento, sus circunstancias y causas y, sobre la liberación de la persona privada de libertad, cuando ello suceda (ONU, 2006, artículo 18).

En el caso Yrusta, el Comité, luego de confirmar que sus familiares “no recibieron información sobre el lugar en el que se encontraba ni tan siquiera que había sido trasladado a otro centro penitenciario”, consideró que “la privación de información sufrida durante un periodo de más de siete días por el Sr. Yrusta y sus familiares, incluyendo las autoras [de la comunicación ante el Comité] constituye por sí una violación” de los derechos a no ser detenido en secreto, a tener acceso a cierta información que reposa en los registros oficiales de personas privadas de libertad y el desconocimiento de las excepciones que se pueden imponer al ejercicio del anterior derecho, en violación de los artículos 17(1), 18 y 20(1) de la Convención Internacional (CED, 2016, párr. 10.6).

En el caso sometido a conocimiento del Comité, la falta de respuesta y de información sobre el paradero de una persona privada de libertad durante siete días configuró dos violaciones. Por una parte, según el Comité, la falta de información se constituye en uno de los elementos de la desaparición forzada: el ocultamiento del paradero de la persona. Además, es una violación autónoma del derecho de los familiares y allegados a recibir información sobre “el lugar donde se encuentra la persona privada de libertad y, en caso de traslado hacia otro lugar de privación de libertad, el destino y la autoridad responsable del traslado” (ONU, 2006, artículo 18.d). El Estado entonces incumplió, con la misma omisión de información, su obligación de respeto, consistente en no someter a nadie a desaparición forzada, y su obligación de garantía, que radica en asegurar el acceso a información sobre el traslado.

El dictamen del Comité, con base en los hechos del caso Yrusta, puso de presente la importancia de haber plasmado en la Convención Internacional el derecho de los familiares y allegados a acceder a la información a la que se refiere su artículo 18, como medida preventiva ante las desapariciones forzadas. Conocer esta información es crucial para evitar detenciones en secreto y otras formas de desapariciones forzadas. Como se ha mencionado, la privación de información sobre el traslado y la imposibilidad del señor Yrusta de comunicarse con sus familiares durante más de siete días, configuraron una detención en secreto. Y a la vez, esa misma falta de información “sobre lo ocurrido durante los más de siete días en los cuales el paradero del Sr. Yrusta quedó desconocido, constituyen un ocultamiento

de su suerte y paradero” (CED, 2016, párr. 10.4) que configuró una desaparición forzada.

El derecho de los familiares y allegados de acceder a la información sobre la decisión de privación de libertad, la autoridad que controla dicha privación, el sitio de privación de libertad, incluida aquella sobre los traslados, es tan importante que la Convención Internacional, si bien permite la limitación excepcional del acceso a esta información, expresamente afirmó que “en ningún caso se admitirán limitaciones al derecho a las informaciones previstas en el artículo 18 que puedan constituir conductas definidas en el artículo 2 o violaciones del párrafo 1 del artículo 17” (ONU, 2006, artículo 20). En la lógica de la Convención Internacional, no se puede limitar el derecho de acceso a la información prevista en el artículo 18 cuando dicha limitación pueda constituir una de las conductas que configuran la desaparición forzada, como el ocultamiento de la suerte o paradero, o una violación del derecho a no ser detenido en secreto.

8. La obligación de investigar la desaparición forzada independientemente de la posterior muerte

Según los hechos puestos en conocimiento del Comité, las autoridades argentinas iniciaron una investigación penal únicamente por la muerte de Roberto Agustín Yrusta. El ocultamiento de su paradero durante siete días, con ocasión de un traslado, mientras estaba privado de libertad y en poder de las autoridades penitenciarias y judiciales de su país, no dio lugar al inicio de ninguna investigación penal. El Comité constató lo anterior afirmando que las investigaciones iniciadas “se han centrado en las causas y circunstancias” de la muerte del señor Yrusta, mientras que “su alegada desaparición durante más de siete días no está referida en ninguno de los expedientes comunicados en el contexto de la presente comunicación” (CED, 2016, párr. 10.9). La omisión estatal de investigar los hechos denunciados como desaparición forzada configuró, en criterio del Comité, una violación de la obligación consagrada en el artículo 12.1 de la Convención Internacional de examinar de manera rápida e imparcial la denuncia y proceder sin demora, si fuere el caso, a realizar una investigación exhaustiva e imparcial.

Con base en los hechos presentados por las autoras de la comunicación, y como medida para reparar el incumplimiento de la obligación de investigar en los términos previstos en la Convención Internacional, el Comité requirió al Estado que la investigación en el caso Yrusta no se limite a establecer las causas de su muerte, sino que además “integre la investigación exhaustiva e imparcial de su desaparición con ocasión de su traslado de Córdoba a Santa Fe” (CED, 2016, párr. 12.b).

Esta medida de reparación tiene una importancia que trasciende el caso Yrusta. Lo dispuesto por el Comité es un aporte importante hacia la superación de la cultura judicial existente en varios países, según la cual, cuando una persona es encontrada sin vida solo se investiga su muerte, sin importar si esta estuvo precedida de una desaparición forzada. Esta práctica judicial pareciera estar fundada en una arraigada y errónea creencia de que la muerte anula o elimina la desaparición forzada que la precedió. Aunque esta conducta haya cesado, como en el caso del señor Yrusta, la investigación penal debe dar cuenta de que se trata de dos delitos que se cometieron en forma sucesiva (primero la desaparición forzada y luego de que esta cesó, la muerte) y no de uno solo, el de homicidio, que absorbe o anula el de desaparición forzada.

La amplia difusión del caso *Yrusta v. Argentina* puede contribuir entonces a cambiar esta equivocada práctica de las instituciones encargadas de la investigación penal, que torna invisible la desaparición forzada frente a la muerte que ocurre luego de que la primera conducta delictiva ha cesado.

9. El papel de las autoras de la comunicación presentada al Comité contra la Desaparición Forzada

Los peticionarios de un caso y sus representantes, en general, tienen un papel importante en presentar casos que además de ofrecer una respuesta a la situación concreta, permitan a los órganos internacionales interpretar y aplicar los tratados internacionales de derechos humanos.

En el caso *Yrusta v. Argentina*, los importantes avances comentados en este artículo en la interpretación y aplicación de la Convención Internacional no son mérito exclusivo del Comité contra la Desaparición Forzada.

La falta de información sobre el paradero del señor Yrusta durante más de siete días, en el contexto de su traslado de un establecimiento penitenciario a otro, y la imposibilidad de sus hermanas de comunicarse con él durante ese tiempo, a pesar de los reiterados pedidos, fue entendida y elaborada jurídicamente como una desaparición forzada por el representante de las autoras, el Defensor Provincial de Santa Fe.

La acertada decisión del Defensor Provincial de Santa Fe de presentar la comunicación sobre los hechos cometidos en perjuicio de Roberto Agustín Yrusta ante el Comité contra la Desaparición Forzada y no ante el Comité de Derechos Humanos, le permitió al primero interpretar y aplicar varias de las disposiciones que representan importantes avances en la protección internacional contra la abominable práctica de desaparición forzada de personas, instituidas en el primer tratado de alcance universal en la materia: la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

10. Conclusión

Las condiciones de la desaparición forzada de Roberto Agustín Yrusta, como se ilustró en este artículo, le permitieron al Comité contra la Desaparición Forzada, por primera vez desde su conformación, aplicar e interpretar en un caso concreto algunos de los nuevos derechos que aparecen en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, como los derechos de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada y a no ser sometida a esa modalidad de desaparición forzada que es la detención en secreto.

Dichas condiciones también le permitieron al Comité pronunciarse sobre la importancia del deber estatal de establecer y mantener registros oficiales de personas privadas de libertad y garantizar el derecho de los familiares y allegados a la información que reposa en esos registros, en particular, aquella relacionada con los traslados, como formas de prevención de la desaparición forzada.

El caso Yrusta le dio igualmente al Comité la oportunidad de ratificar, con fundamento en un tratado internacional específico, que para la confi-

guración de la desaparición forzada no se requiere ni se exige el transcurso de ningún plazo y que las detenciones en secreto por un periodo breve, como aquella a la que fue sometido Roberto Agustín Yrusta, son también desapariciones forzadas.

El Comité tuvo ocasión de destacar, asimismo, la importancia de investigar la desaparición forzada como tal, con independencia de otras violaciones de derechos humanos cometidas en perjuicio de Roberto Agustín Yrusta, como la tortura y su posterior muerte. Lo anterior constituye una regla que deben seguir las autoridades estatales, que en muchas situaciones de desaparición forzada seguida de muerte únicamente investigan la muerte, olvidándose del derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación por la desaparición forzada.

Bibliografía

- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). (1994). *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* (CISDFP). Belém do Pará: 9 de junio.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1992). *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. Resolución 47/133. Nueva York: 18 de diciembre.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2006). *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. Resolución 61/177. Nueva York: 20 de diciembre.
- Citroni, G. (2016). Short-term enforced disappearances as a tool for repression. En *Quaderni di SIDIBlog, il blog della Società italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea*, V.3, 182-187.
- Comisión de Derechos Humanos (CDH). (1980). Resolución 20 (XXXVI), 29 de febrero.
- Comité contra la Desaparición Forzada (CED). (2015). *Observaciones finales sobre el informe presentado por el Iraq en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*. Doc. CED/C/IRQ/CO/1, 13 de octubre.

- Comité contra la Desaparición Forzada (CED). (2016). *Yrusta v. Argentina*. Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 31 de la Convención, respecto de la comunicación num. 1/2013. Doc. CED/C/10/D/1/2013, 11 de marzo.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (1980). *Ismael Weinberger v. Uruguay*, Comunicación No. R.7/28, 29 de octubre.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (1981). *Rosario Pietrarroia v. Uruguay*, Comunicación No. R.10/44, 27 de marzo.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (1982). *Eduardo Bleier v. Uruguay*, Comunicación No. R.7/30, 29 de marzo de 1982.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (1983). *Quinteros v. Uruguay*. Comunicación No 107/1981. Doc. CCPR/C/19/D/107/1981, 21 de julio.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (2003). *Sarma v. Sri Lanka*. Comunicación No 950/2000. Doc. CCPR/C/78/D/950/2000, 31 de julio.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (2006). *Bousroual v. Argelia*. Comunicación No 992/2001. Doc. CCPR/C/86/D/992/2001, 30 de marzo.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (2007a). *Grioua v. Algeria*. Comunicación No 1327/2004. Doc. CCPR/C/90/D/1327/2004, 10 de julio.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (2007b). *Kimouche v. Algeria*. Comunicación No 1328/2004. Doc. CCPR/C/90/D/1328/2004, 10 de julio.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (2012a). *Aboufaied v. Libia*. Comunicación No 1782/2008. Doc. CCPR/C/104/D/1782/2008, 21 de marzo.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (2012b). *Aboufaied v. Libia*. Comunicación No 1782/2008. Doc. CCPR/C/104/D/1782/2008, 21 de marzo. Sir Nigel Rodley. Voto particular coincidente.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (2012c). *Aboufaied v. Libia*. Comunicación No 1782/2008. Doc. CCPR/C/104/D/1782/2008, 21 de marzo. Walter Kälin. Voto particular parcialmente disidente.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (2012d). *Aboufaied v. Libia*. Comunicación No 1782/2008. Doc. CCPR/C/104/D/1782/2008, 21 de marzo. Fabián Omar Salvioli. Voto particular parcialmente disidente.

- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (2015). *Rosa María Serna y otros v. Colombia*. Comunicación No 2134/2012. Doc. CCPR/C/114/D/2134/2012, 9 de julio.
- Comité de Derechos Humanos (CCPR). (2019). *Christian Téllez Padilla v. México*. Comunicación 2750/2016. Doc. CCPR/C/126/D/2750/2016, 15 de julio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1988). Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentencia de 29 de julio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2006). Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo y Reparaciones, 22 de septiembre.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2014). *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14 de noviembre.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998). Roma: 17 de julio de 1988.
- Galvis M. (2020a). Rights Related to Enforced Disappearance: New Rights in the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances. En A. Von Arnau, K. Von der Decken y M. Susi (editors). *The Cambridge Handbook of New Human Rights. Recognition, Novelty, Rethoric* (pp. 415-427). Cambridge: Cambridge University Press.
- Galvis, M. (2020b). De Velásquez Rodríguez a los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas. En J. Ibáñez, R. Flores y J. Padilla (coords). *Desaparición Forzada en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Balance, Impacto y Desafíos* (pp. 333-373). México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Sección III

**DISCUSIONES:
LIBROS**

Sobre “La cadena de custodia de la prueba en el proceso penal”, de Geraldo Prado

*About “The chain of custody of evidence in criminal proceedings”, by Geraldo Prado**

Antonio Vieira**

Saulo Murilo de Oliveira Mattos***

Recepción: 02/11/2020

Evaluación: 11/11/2020

Aceptación final: 13/11/2020

Resumen: El presente artículo analiza la obra *La cadena de custodia de la prueba en el proceso penal*, destacando las construcciones teóricas e interdisciplinarias (filosofía, política y epistemología) desarrolladas por Geraldo Prado sobre este instituto procesal, que, tras la publicación del mencionado libro, se incorporó al Código Procesal Penal brasilero por Ley n.º 13.964/2019. Se explican los conceptos de verdad como indicador

* Traducción del portugués de Valentina Riso. [N. de T.: Los autores analizan el libro de Prado *A cadeia de custódia da prova no processo penal*, en su versión en portugués, por lo tanto las citas bibliográficas se vinculan con dicha obra. No obstante, para facilitar a los lectores la reseña realizada he colocado su título en español, tal como se ha publicado por Ed. Marcial Pons, 2019, traducción de Laura Criado Sánchez.]

** Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidade Católica do Salvador, Brasil, maestría en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona/Es, miembro fundador y ex-presidente del Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Correo electrónico: antonio@vieiraadv.com.br

*** Fiscal del Ministerio Público de Bahía, maestría de la Universidade Federal da Bahia, Brasil, maestrando en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona /Es, profesor de proceso penal invitado del posgrado en Ciencias Criminales de la Universidade Católica do Salvador. Asociado del Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Correo electrónico: mattossaulo@gmail.com

Los autores agradecen a Caio Badaró Massena, por leer el texto con atención y enviar comentarios y sugerencias.

epistémico y proceso como dispositivo, recurriendo a las fuentes de lectura (Michel Foucault, Giorgio Agamben, Luigi Ferrajoli, Rui Cunha Martins, entre otros) utilizadas por Geraldo Prado. Se muestra como la propuesta teórico-práctica de este autor, además de identificar la necesidad de una seria reflexión epistemológica sobre la preservación de la integridad de las fuentes de prueba, retoma, ampliamente, las discusiones sobre la relación entre fiabilidad probatoria, la etapa intermedia del proceso penal (admisibilidad de la acusación) y la valoración judicial del contexto probatorio. **Palabras claves:** Epistemología, proceso penal como dispositivo, cadena de custodia y fiabilidad probatoria.

Abstract

This essay analyzes the book *A cadeia de custódia da prova no processo penal*, highlighting the theoretical and interdisciplinary constructions (philosophy, politics and epistemology) developed by Geraldo Prado about this procedural institute, which, after the book was published, was inserted into the Brazilian Criminal Procedure Code by Law 13.964/2019. The article intends to explain the concepts of truth as an epistemic indicator and the idea of criminal procedure as a device, using Prado's theoretical references (Michel Foucault, Giorgio Agamben, Luigi Ferrajoli, Rui Cunha Martins, among others). It intends to show how Prado's theoretical and practical proposition, in addition to identifying the need for serious epistemological reflection about the preservation of the integrity of sources of evidence, broadly resumes discussions of the relation between evidence reliability, the pre-trial stage and the (rational) legal evidentiary reasoning.

Keywords: Epistemology, criminal procedure as a dispositive, chain of custody and evidence reliability.

1. Introducción

El presente artículo propone la construcción de una reseña del libro “La cadena de custodia de la prueba en el proceso penal”, de Geraldo Prado, lanzado en Brasil y en España, casi simultáneamente, en 2019. En el libro, Prado profundizó y amplió el enfoque que ya había hecho del tema en una

obra anterior, publicada en el año 2014, en Brasil, con el título “Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos”,¹ un verdadero hito en la historia de la dogmática procesal penal brasileira, porque, hasta entonces, temas como la cadena de custodia – aquí entendida como *dispositivo* de garantía, mediante el registro y documentación de que un elemento de prueba es estrictamente el mismo que tiene relación con el hecho investigado y que no sufrió ningún tipo de modificación, deterioro, adulteración o contaminación durante toda su trayectoria, hasta la inserción en el proceso y la valoración judicial (Lopes Junior y Morais da Rosa, 2015) – y los debates sobre fiabilidad probatoria eran todavía poco o nada tratados por la doctrina nacional.²

Como la “Prova penal e sistemas de controles epistêmicos” nació de un dictamen elaborado por Prado, a pedido de los abogados que actuaban en la acción de Habeas Corpus 160662/RJ³, interpuesto ante el Superior Tribunal de justicia, se puede decir también que la discusión allí emprendida fue decisiva incluso para provocar un posicionamiento de la Corte, que, en la sentencia respectiva, abordó, de forma precursora en la jurisprudencia brasileira, cuestiones ligadas a la integridad de la prueba, habiendo enfrentado las consecuencias de la ruptura de la cadena de custodia de la prueba,⁴ con el “inédito reconocimiento explícito de la relevancia de activarse uno de los dispositivos del sistema de controles epistêmicos, en el caso objeto de juicio, la cadena de custodia de determinadas pruebas digitales” (Prado, 2019, p. 11).

¹ [N. de T.: “Prueba penal y sistema de controles epistêmicos: la ruptura de la cadena de custodia de las pruebas obtenidas por métodos ocultos”.]

² Al menos en el ámbito del derecho procesal penal, ya que, por supuesto, en el campo de las ciencias forenses el tema ya era debatido desde hace algún tiempo, lo que demostraba incluso la preocupación de los peritos en materia penal por el tema, como se muestra en el artículo de Gomes y Azevedo, publicado en 2008 en la Revista Científica do Departamento de Polícia Técnica da Bahia (Gomes & Azevedo, 2008, pág. 16-20).

³ Brasil, STJ, Habeas Corpus 160662/RJ, Sección Sexta, Ponente Ministra Assusete Magalhães, juzgado el 17/03/2014.

⁴ Véase al respecto, en particular, el Voto emitido por el Ministro Rogério Schietti, en la sentencia HC 160662/RJ, que mencionó específicamente el tema: “El hecho aquí, Sr. Presidente y demás colegas, es que hubo, en la expresión acuñada por el Prof. Geraldo Prado, una ruptura en la cadena de custodia de esta prueba. El Estado tenía el deber de preservar en su totalidad la prueba esencial, al parecer, para el descubrimiento de los hechos”.

En el libro publicado en el año 2019 y que es el objeto de este ensayo, sin embargo, el autor fue más allá. Presentó a los lectores aquello que denominó de “resultado de la intensificación de las investigaciones en la interfaz de la epistemología jurídica y la prueba penal, limitada, sin embargo, al supuesto del control epistémico específico de la cadena de custodia de las pruebas en el ámbito penal, una de las facetas del tema de la fiabilidad probatoria” (Prado, 2019, p. 9). Y entre las justificaciones presentadas para la nueva obra estaba el hecho de que la “perspectiva epistemológica” – hasta allí, muy poco difundida en la doctrina del proceso penal brasileiro y que sirvió de base al primer libro- había sido “recibida con desconfianza por algunos sectores de la doctrina procesal penal, que hace tiempo se posicionaron en contra de algunas de las tesis sostenidas por Michele Taruffó” (Prado, 2019, p. 12), siendo esta la razón principal para que en este nuevo trabajo se aportara la “explicitación de premisas teóricas indispensables” a la comprensión de lo que Prado define “como función de garantía que la dimensión epistémica debe cumplir en el proceso penal contemporáneo” (2019, p. 12).

Para Prado (2019, p. 13), “las prácticas penales, entendidas como métodos de arbitraje o definición de la responsabilidad penal de alguien, se caracterizan por ser experiencias sociales productoras y reproductoras de conocimiento”, existiendo “una dimensión epistémica ineludible, inherente a la tarea de investigar la existencia de una infracción penal y la eventual responsabilidad penal del imputado”, y esta “dimensión epistémica de la prueba debe aumentar la garantía de la libertad”.

Sin embargo, como advierte el autor, no se debe descuidar el riesgo de que esta dimensión epistémica sea llevada al extremo y que inspire una desmedida obsesión por la búsqueda de la verdad, propiciando la construcción de un proceso penal autoritario (Prado, 2019, p. 13). Por eso es imprescindible advertir, como lo hace el autor, que el reconocimiento de que la averiguación de la verdad consiste en uno de los objetivos institucionales del proceso no significa “abrir las puertas del proceso a las pruebas obtenidas por medios ilícitos” ni mucho menos tolerar la actitud del juez que se asocia con la acusación e interviene como actor del campo de la seguridad pública (Prado, 2019, p. 13).

Conforme explica Prado (2019, p. 15), “buena parte de las reflexiones de este libro estarán dedicadas a estudios que se encuadran en el ámbito

de la epistemología individual”, consistente en el análisis del conjunto de condiciones que llevan a que un juzgador considere probado un hecho, lo que viene a constituirse como “tema nuclear de la legitimación política de la jurisdicción penal”. De hecho, con su enfoque, Prado llevó al contexto de la doctrina brasilera- que hasta entonces no había prestado la debida atención al tema- la comprensión de que las etapas de admisibilidad y de valoración de la prueba no se confunden y se desarrollan en momentos diferentes, debiendo la primera ser utilizada como filtro epistémico, para impedir que ingresen en el proceso (y que puedan ser posteriormente valorados) los elementos de prueba que no cumplen con los presupuestos mínimos de integridad y fiabilidad⁵.

Además de considerar las cuestiones epistemológicas que acompañan a la producción probatoria, el autor conecta postulados del proceso penal democrático (Estado de Derecho)- erigidos como fundamentos de la legitimidad de la persecución penal (principios del estado de inocencia, contradictorio y de defensa amplia)- para concluir que la prueba obtenida con violación a la cadena de custodia debe ser tratada como prueba ilícita (y no sólo en el campo de las nulidades), por lo que deberá ser inadmisibile en el proceso.

Con esta propuesta, y por todo ello, no es exagerado decir que las dos publicaciones de Prado, en 2014 y en 2019, no sólo tuvieron la capacidad de abrir los ojos de la doctrina e incidir en el surgimiento de la jurisprudencia sobre el tema, sino también fueron decisivamente importantes para iniciar el debate sobre la necesidad de que la cadena de custodia fuese objeto de regulación en la legislación procesal penal brasilera, aún centrada en el

⁵ En cuanto a la relevancia de la cadena de custodia para la concepción del debido proceso penal, González (2013, p. 04), en relación al proceso penal español, aborda que: “no puede haber un juicio justo sin una actividad probatoria válida y de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. Siendo así, la relación directa de la evidencia con los hechos objeto de enjuiciamiento y su verosimilitud respecto de la prueba pericial son requisitos para su validez. A ese fin es necesario que se garantice que las evidencias que sirven de prueba estén relacionadas con los hechos y que no hayan podido ser alteradas o modificadas desde su recogida hasta su portación como prueba al juicio oral. En consecuencia, la cadena de custodia garantiza la verosimilitud de la prueba y por tanto se constituye en requisito necesario del proceso penal, sin el cual no puede hablarse de un juicio justo y con todas las garantías.”

Código de 1941. Se puede decir que, sin la repercusión generada por las dos obras de Prado, es improbable que el tema hubiera sido recordado como esencial en las iniciativas de la reforma legislativa que se sucedieron.

Sobre la cadena de custodia, el Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales realizó una importante contribución jurídica para que el tema fuera incorporado al Proyecto de Nuevo Código de Proceso Penal (Instituto, 2017), y, más recientemente, abordado en el texto de PL 10.372/2018, lo que dio lugar a, la denominada Ley Anticrimen, cuya promulgación resultó en la inserción de los arts. 158- A a 158-F en el antiguo CPP brasileiro, trayendo, definitivamente, la regulación de la cadena de custodia al ordenamiento procesal nacional brasileiro.

Con la entrada en vigor de la Ley n° 13.964/19 y con los nuevos artículos efectivamente incluidos en el Código, Brasil, aunque de forma tardía, especialmente considerando el panorama de otros países latinoamericanos⁶, pasó a tener una disciplina legal de la cadena de custodia, lo que, sin embargo, consiste en un paso fundamental para un cambio de cultura de los actores jurídicos en relación a la manera en que evalúan y aplican el *standard* de admisibilidad de la prueba penal.

Con el cambio legislativo, el Código procesal penal brasileiro incorporó, en el art. 158- A, el concepto de cadena de custodia, además de determinar el momento de su inicio (§1°), definir la responsabilidad de la conservación de la prueba (§2°) y establecer una definición legal de lo que se debe entender por rastros del delito (§3°). En el art. 158-B, el legislador definió las distintas etapas del proceso de documentación de la cadena de custodia, abordando en cada uno de sus diez incisos lo que debe entenderse por reconocimiento, aislamiento, fijación, recolección, empaque, transporte, recepción, procesa-

⁶ La cadena de custodia se encuentra regulada, expresamente, en Venezuela, en su Código Orgánico Procesal Penal (arts. 187 y 188); en Colombia, en su Código de Procedimiento Penal (arts. 216, 254 a 266; y en los arts. 277 y 273); en Perú, aún de manera sucinta, en el Código Procesal Penal (art. 220, inciso V); en México, en los arts. 227 y 228 de su Código Nacional de Procedimientos Penales. Hay países, como Chile, donde, aunque el término cadena de custodia no aparece en el respectivo Código Procesal Penal, el Ministerio Público ha establecido protocolos sobre cómo debe ser preservada la identidad e integridad de los elementos de prueba. El Ministerio Público chileno elaboró un Reglamento sobre custodia de especies incautadas por el Ministerio Público.

miento, almacenamiento y descarte de evidencias. En el art. 158-C, se cuidó, entre otras disposiciones, de establecer quién deberá realizar la recolección de los rastros (preferentemente el perito oficial), así como también de establecer la responsabilidad del organismo central de pericia oficial para detallar los protocolos necesarios para el cumplimiento de las directrices de la ley.

En el art. 158-D, el legislador dispuso la forma en que se almacenan los rastros y también estableció reglas para colocar y quitar los sellos de los embalajes. En el art. 158-E se sancionó, de manera similar a lo previsto en el Código Venezolano (art. 188), la necesidad de creación de centros de custodia, vinculados a la estructura de los Institutos de Criminalística, con la responsabilidad de proceder al resguardo y control de los elementos de prueba. Finalmente, el art. 158-F dispuso sobre el régimen de almacenamiento de los rastros en los centros de custodia, así como reguló cómo se deberá proceder cuando el centro no dispusiera de espacio o condiciones para almacenar determinado material.

Dado que la Ley n° 13.964/19 fue sancionada en una fecha posterior (25 de diciembre de 2019) tras el lanzamiento de “La cadena de custodia de la prueba en el proceso penal”, Prado no abordó el tema con una perspectiva “*de lege lata*”, lo que sin duda será hecho en una próxima edición, como ya se anunció, incluso en sus redes sociales (Prado, 2020). Hasta entonces, sin embargo, la destacada obra ofrece un amplio material de estudio, no sólo sobre la cadena de custodia, sino también sobre la prueba en el proceso penal brasilero, sobre todo por la forma en que se desarrollaron las ideas en el libro, con sus 5 capítulos estructurantes, además de los tópicos dedicados a la presentación de la obra (capítulo 1) y a la conclusión (capítulo 6).

El profesor recién retirado de la Facultad Nacional de Derecho aborda, en el capítulo 2, la relación entre prueba y verdad (de la verdad a la prueba: los caminos cruzados del derecho y de la epistemología jurídica en la política del proceso penal). Adopta la concepción de que la verdad debe actuar como indicador epistémico y presenta la noción de proceso como *dispositivo* – en la línea propuesta por Rui Cunha Martins (2012). En el capítulo 3, se analiza el modelo de proceso requerido por el Estado de Derecho y los respectivos supuestos que legitiman la persecución penal. En el capítulo 4, desarrolla una reflexión sobre el dispositivo procesal probatorio y el sistema de controles epistémicos. En el capítulo 5, discute sobre la relación entre

la fiabilidad probatoria y la cadena de custodia de las pruebas, concluyendo que la violación de la cadena de custodia resultará en la ilicitud de la prueba, con su consecuente inadmisibilidad en el proceso.

En el transcurso del presente texto, por lo tanto, serán sintetizadas y analizadas las ideas y propuestas desarrolladas por Prado, respetando, en la medida de lo posible, la estructura y orden de presentación de los temas planteados por el autor del excepcional libro “La cadena de custodia de la prueba en el proceso penal”.

2. Prueba y verdad: (re)definiendo el lugar de la verdad en el proceso penal. *Verdad como indicador epistémico y las epistemologías*

Destaca Prado (2019, p. 21) que, en las democracias, la “legitimidad del ejercicio del poder punitivo está condicionada por el valor de verdad reconocido en la sentencia”, pero esto no debe, según el autor, “conducir al equívoco de suponer que realidad y verdad, desde el punto de vista de la epistemología, son la misma cosa y de que el juez, munido de un aparato intelectual refinado por años de práctica, está en condiciones de tener acceso a la realidad o al modo como ésta se presentó en el mundo de la vida”.

Según Prado (2019, p. 22), “el juicio sobre *los hechos* no opera en la dimensión de la realidad, sino en una controversia sobre el pasado que, por ser especial y físicamente inaccesible, plantea el problema de la *verdad de las proposiciones* al respecto”, extrayendo de la epistemología la noción de que “el juicio de verdadero o falso no incide sobre *el hecho en sí*, sino sobre la proposición/afirmación/enunciado sobre la existencia del hecho”.

Según esta definición, resulta claro que el proceso no conseguirá promover el conocimiento total de aquello que sucedió. Es una actividad cognitiva fragmentaria de captación de los eventos empíricos. Se fragmenta el poder del conocimiento ya en la producción enunciativa de la norma jurídica, que selecciona, de manera abstracta, las limitaciones fácticas que considera importantes y válidas para el Derecho.

Ya en la década de 1950, Jose Guarnieri (1952, p. 19), profesor de la Universidad de Parma, había notado que “toda la materia procesal se mani-

fiesta no ‘*in se*’, sino en forma de afirmaciones– entendidas en el amplio sentido como declaraciones, conclusiones, valuaciones, - de los sujetos procesales. [...] De otro modo faltaría a los sujetos interesados hasta la posibilidad misma de entenderse.”

De hecho, el proceso se presenta como un universo lingüístico ligado al empírico, a situaciones que, frente la concreción consuetudinaria de la vida, provocan impacto jurídico-penal. Las actividades cognitivas procesales navegarán, invariablemente, en signos lingüísticos, reproduciendo significados y construyendo muchos otros. Dependiendo de la intensidad dialéctica que marque la expresividad procesal de los sujetos, pueden surgir nuevos conceptos para antiguos signos y, eventualmente, nuevos signos pueden resultar de la transformación de la cultura procesal⁷.

La verdad, como posibilidad factible en el proceso penal, debe comprender la dimensión lógica- lingüística del lenguaje como determinante de la intersubjetividad y la diversidad social. Es, a través del lenguaje, que la epistemología se derrama sobre el proceso penal, haciéndolo ser entendido como un intercambio de diversas agendas cognitivas (posibilidades de conocimiento de la cuestión criminal) presentadas por dichos sujetos procesales.

Prado (2019, p. 32-33) destaca que, al colocar la verdad como indicador epistémico, su “punto de partida es garantista”, centrado en el axioma “*nula poena sine iudicio*” (no hay pena sin proceso), que Luigi Ferrojoli adopta como esencial en una perspectiva de estricta jurisdicción de la sanción penal. Según Prado, el proceso penal no tendría un valor en sí mismo. Debe ser analizado por una visión que vincule epistemología y normatividad, confiriéndole una legitimidad compatible con el moderno Estado de

⁷ Haack (2015, p. 129; p. 160): “el crecimiento del significado - con lo que me refiero no solo al hecho de que las palabras adquieren nuevos significados, sino también a la pérdida de sus antiguas connotaciones, así como a la acuñación de nuevos términos o cooptación de términos antiguos para expresar nuevos conceptos y distinciones-, es solo un aspecto de este fenómeno mucho más amplio y enormemente más complejo de la evolución y del desarrollo de las lenguas. [...] los cambios y alteraciones en el vocabulario de las ciencias naturales contribuyen al progreso en la medida que se ajustan mejor a las especies reales de cosas del mundo. No hay duda de que la referencia importa. Pero, como mi idea es que los significados de los términos científicos crecen y cambian con la evolución del conocimiento, asumo que tienen significados y así, obviamente, resisten a la asimilación de términos de especies a designadores estrictos”.

Derecho. En el proceso penal, se debe proporcionar el mejor conocimiento posible de los hechos relevantes para que haya una decisión penal legítima, moldeada en la relación entre prueba y verdad.

En este panorama, sobresale, con mucha pertinencia, la advertencia de Prado (2019, p. 22-25) de que su propuesta en colocar la verdad como indicador epistémico del proceso penal no pretende retomar la época medieval de la verdad absoluta, nutrida por la línea filosófica de la Ontología, que representaba la posibilidad de captación total del mundo exterior, como si el individuo, con sensaciones e impresiones, no pudiese interferir en la construcción de esta realidad al traducirla, por medio del lenguaje, al proceso penal. El autor referido destaca que los jueces no están dotados de “superpoderes epistémicos” (2019, p. 27).

La noción de verdad como indicador epistémico estimularía una comprensión ética del proceso penal, establecida no sólo en la prohibición de pruebas ilícitas, taxativamente prevista en la Constitución Brasileira (art. 5º, LVI), sino atenta a una racionalidad epistemológica (diversos razonamientos inferenciales, construcción de hipótesis alternativas, uso de conocimientos científicos), a fin de que los argumentos probatorios tengan la fiabilidad necesaria para obtener una determinación correcta y justa de los hechos.

Taruffo (2016, p. 141-143; p.160-161) también valora la dimensión epistémica del proceso, cuando expresa que la verdad, en el proceso, es la que ocurre en un contexto jurídico. Para él, al verificarse la efervescencia teórica de los enfoques que requieren una aproximación de la Epistemología al Derecho (Larry Laudan, Alvin Goldman y Susan Haack), es posible definir el proceso como un modelo epistemológico de conocimiento de los hechos con base en la prueba. Para esta manera de pensar, la epistemología materializaría el concepto de proceso justo, no más limitado al cumplimiento ritual de las garantías procesales. La decisión justa debe también abarcar una correcta interpretación de la norma jurídica utilizada como criterio de la decisión y tener como fundamento una verdadera investigación de los hechos del caso, evitando errores judiciales.

Ferrer Beltrán (2007, p. 20-21), al enfatizar la relación teleológica entre prueba y verdad, considera que la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso, aunque coexiste con otras finalidades

procesales, que pueden limitar esta actividad (v.g. garantía de la duración razonable del proceso⁸). Para él, la noción de verdad como correspondencia sería la que serviría a las finalidades del Derecho, porque traduce que los enunciados fácticos probados en el proceso, los cuales se refieren a condiciones descritas en la norma, tienden a corresponder a lo que sucedió en la realidad. De esta forma, se permite, con este referencial de verdad, que las consecuencias jurídicas previstas por la norma sean aceptadas con seguridad jurídica.

Por lo tanto, para el citado autor (2017, p. 29-32), la noción de prueba está ligada a la aceptabilidad de la verdad de un enunciado, que se declara probado a partir de la existencia de un contexto suficiente de elementos de juicio a su favor. Para maximizar las probabilidades de que la determinación judicial de los hechos corresponda con la verdad, las metodologías e instrumentos de la epistemología general incidirían en la valoración de la prueba, dentro de lo que se denomina libre convencimiento motivado⁹.

Existen varias construcciones posibles, sistemáticas y teórico-prácticas, para esta relación entre epistemología, prueba, verdad y proceso¹⁰. Tra-

⁸ Nicolitt (2014, p. 40) recuerda que “la cuestión temporal surge en cuanto a la forma de la decisión (decisión formalmente justa). Una decisión justa no puede ser precipitada e irreflexiva, incompatibles con la actividad jurisdiccional, tampoco puede tener la morosidad destructiva de la efectividad de la jurisdicción”. Como se ve, la relación entre la epistemología aplicada al proceso penal y el tiempo del proceso es una relación de constante ponderación concreta.

⁹ [N. de T.: En español mejor conocido como “sana crítica racional”].

¹⁰ Gascón Abellán (2010, p. 43), al proponer una epistemología moderadamente realista, percibe que “podría decirse que en los planteamientos más reflexivos de la actualidad se aprecia una tendencia a concebir el juicio de hecho como «la elección de la hipótesis racionalmente más atendible entre las distintas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa; en consecuencia, la «verdad de los hechos» nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable, o sostenida por mayores elementos de confirmación”. Relacionando verdad, criterios epistemológicos y jurídicos, dice Daniela Accatino (2016, p. 7): “se trata de notar que la cuestión de la suficiencia de las pruebas no está sujeta sólo a criterios epistémicos sino también a criterios jurídicos, establecidos a través de los estándares de prueba, que pueden fijar umbrales de mayor o menor exigencia sobre la base de consideraciones relativas a la distribución justa del riesgo de error entre las partes en las distintas clases de procesos”. En la presentación de *Quaestio Facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción), González Lagier (2019, p. 5) propone una “Teoría de la Prueba judicial que reúna dos condiciones: a) que esté construida desde los hechos, esto es, a partir de los

jimos algunas líneas introductorias del pensamiento de Ferrer Beltrán, por ser uno de los pensadores españoles del derecho probatorio que ha despertado, en Brasil, gran interés en las discusiones sobre la prueba tanto en el proceso civil como en el proceso penal. Y, también, por tener una sistematización de pensamiento que, al defender- desde la perspectiva de la valoración racional de la prueba- la verdad como correspondencia, no retoma la ontología de la verdad real. De hecho, es exactamente lo contrario. Esta advertencia se extiende también a la noción de Prado sobre la verdad como indicador epistémico del proceso, que dialoga con las concepciones de verdad desarrolladas por Taruffo y Ferrer Beltrán¹¹.

Dicho esto, Prado (2019, p. 33) afirma que la “adopción de la categoría ‘verdad’ como indicador epistémico es, por lo tanto, funcional al fin de dotar al proceso de una meta y simultáneamente definir los límites éticos, políticos y jurídicos de la actividad de investigación de la verdad material”. Expone que, al admitirse la existencia de varias teorías de la verdad (pragmáticas, fenomenológicas, racionales, de la coherencia, de la correspondencia semántica y no semántica, hermenéuticas e intersubjetiva- 2019, p. 24), esta diversidad teórica “no constituye un obstáculo para que se atribuya al proceso la calidad de método epistémico de determinación de la responsabilidad penal” (2019, p. 33).

Por lo tanto, para Prado (2019, p. 32-33), la verdad como indicador epistémico es una verdad como garantía del proceso penal justo y equitativo, que se aparta de la concepción tecnicista que enmarca el proceso penal como un mero instrumento del Derecho Penal. La verdad como

problemas planteados por éstos (la definición de los distintos tipos de hechos, el problema de su conocimiento, la cuestión de su objetividad y su entrelazamiento con cuestiones interpretativas, etc.), y no desde las normas (esto es, que no se limite a ver los problemas de prueba como problemas de interpretación de las normas jurídicas que regulan la actividad probatoria). Y b) que esté abierta a las investigaciones realizadas desde el campo de la filosofía (esto es, que proyecte sobre el problema de la prueba judicial las conclusiones de la epistemología, la filosofía de la acción, la ética, etc.)”

¹¹ En Brasil, Badaró (2019, p. 14-21), al pensar sobre las interrelaciones de la epistemología y la prueba penal, destaca que está alineado a los pensadores que combaten la *veriphobia*. Entiende que la verdad es condición necesaria, pero no suficiente, para que se alcance una decisión justa. Para él, el proceso, como espacio procedimental cognitivo, limitado por reglas de admisión y producción probatoria, produce una verdad jurídicamente condicionada.

maximización protectora de los derechos y garantías fundamentales hace que el procedimiento penal sea interpretado para proporcionar una decisión justa en el proceso penal, tomando siempre como punto de partida, para la obtención de esta verdad que se produce en contexto jurídico, el respeto estricto al principio de presunción de inocencia.

En este contexto, si, como dice Rui Cunha Martins (2012, p. 71), la verdad es una cuestión de lugar, de giro dinámico y recurrente entre posiciones procesales y sistémicas, con injerencia de los diseños normativos previstos para las instituciones que actúan en el proceso penal, se piensa que, al afirmarse la verdad como indicador epistémico, se reposiciona tanto la noción de verdad como la propia concepción metodológica del proceso penal. La epistemología jurídica pasa a llenar el contenido jurídico del concepto de debido proceso penal.

No se trata sólo de una conversación interdisciplinaria con la epistemología. La epistemología jurídica aplicada al proceso constituyó un nuevo tamiz para defender el debido proceso penal, junto con la necesidad de preservación de las garantías fundamentales y del control de convencionalidad de dispositivos procesales. La epistemología jurídica invita a una relectura estructural del proceso penal, desde la etapa de investigación preliminar hasta la última etapa recursiva del proceso, con la intención de permitir una comprensión amplia de las cuestiones fácticas y jurídicas dadas en el proceso.

A través de la epistemología, las cuestiones de hecho y de derecho se interrelacionan en diferentes grados de intensidad, con momentos de indistinción conceptual, lo que, comúnmente, no es admitido por la dogmática procesal clásica, acostumbrada al análisis estricto de las normas de procedimiento probatorio (Ubertis, 2020, p. 70). Andrés Páez (2015, p. 3) recuerda que la epistemología propone una nueva mirada sobre el derecho probatorio, cuando plantea la exploración de fundamentos filosóficos (lógica, gramática, retórica, estadística, probabilidad, psicología, etc.) en este campo del derecho procesal.

Páez (2015, p. 3) informa, también, que la expresión epistemología jurídica es ambigua, usada para referirse a las posibilidades de conocimiento del derecho (teorías del conocimiento aplicables al derecho), además de asumir una nueva connotación, interdisciplinaria, para referirse, actual-

mente, al derecho probatorio, pudiendo, en esta acepción, denominarse *filosofía de la prueba jurídica*.

Al proponer una epistemología jurídica específicamente aplicable al proceso penal, flexible en recibir influencias de la propia dogmática procesal penal, Matida (2020, p. 5) explica que la epistemología jurídica es un desdoblamiento de la epistemología general y que “la epistemología, como parte de la filosofía, es el estudio del conocimiento. Cuáles son las condiciones necesarias y suficientes del conocimiento, cuáles son sus fuentes y límites, bajo qué circunstancias el sujeto está autorizado a decir que conoce algo, etc.¹²”.

Con estas aclaraciones, cuando se dice aquí que la epistemología jurídica constituye el debido proceso penal, también se debe señalar que no todo ha de ser pensado desde esta nueva etapa del repositorio de conocimientos jurídicos del proceso penal. Cabe preguntarse: ¿qué epistemología jurídica? Al igual que ocurre con la Criminología, que no se contenta con pronunciarse en singular -son Criminologías-, existen Epistemologías potencialmente jurídicas (individual, social, objetiva, subjetiva) que pueden constituir el proceso penal.

Por esto, si la propuesta epistemológica es posibilitar una determinación positivamente calificada (justa) de los hechos en un contexto jurídico-procesal – propuesta que incluye la verdad como indicador epistémico-, se debe buscar una concepción de epistemología jurídica, que, atenta a la constante necesidad de preservación de los derechos y las garantías fundamentales procesales, permita un amplio y responsable aporte de argumentos probatorios al proceso penal, para que los razonamientos probatorios de los sujetos procesales, en especial del juez, se realice a partir de premisas fácticas sólidas, resultantes de dinámicos y variados razonamientos inferenciales, los que, dependiendo del momento probatorio en que el proceso se encuentre, no siempre son fáciles de identificar.

Y más: que la (s) epistemología (s) aplicable (s) al proceso penal brasileiro reconozca la tradición histórica de autoritarismo procesal, que interfiere en la conformación práctica de los sistemas procesales, llevados a los

¹² Texto en prensa, gentilmente cedido por la profesora Janaína Matida, cuyo título es *Epistemologia Jurídica aplicada ao processo penal: reflexões sobre os poderes probatórios do julgador na realidade brasileira*.

sótanos inquisitivos de la praxis criminal cotidiana del sistema de justicia, problemática que por regla general, no pide permiso para la distinción académica excesivamente teórica entre sistema acusatorio e inquisitorio. En este paso, la advertencia de Prado (2019, p. 37) es más que válida, en el sentido de que “la consciencia del predominio de elementos discursivos más próximos de la «voluntad de poder» de lo que del propósito de justificación por la comprobación de los hechos constituye condición previa para la ruptura con el dispositivo inquisitorial”.

Sobre la multiplicidad de epistemologías jurídicas, Prado (2019, p. 15-19) se vale de algunos conceptos propuestos por Danny Marrero, profesor de la Universidad Javeriana. Va más allá de estos conceptos, en realidad. Identifica la articulación epistemológica – no es una única epistemología jurídica – que considera aplicable al proceso penal y establece, a partir de ella, una nueva clave de lectura para entender el proceso penal como dispositivo, concepto que será abordado en el tópico siguiente.

En síntesis, Marrero (2015, p. 15-33) aborda la crítica a la epistemología jurídica individual (conjunto de condiciones que llevan a que un juzgador considere probado un hecho) y, en cierto modo, a la social (procesos cognitivos relacionados con diseños institucionales), considerándolas de alcance incompleto para permitir un conocimiento adecuado de los hechos jurídicos. Propone un modelo de epistemología integrado al Derecho, que respete el proceso de interacción entre el individuo (operador del sistema jurídico) y las instituciones jurídicas, porque son en estas interacciones que los procesos cognitivos se desarrollan y se vuelven valiosos en la determinación de los hechos en un contexto jurídico- procesal.

Para este autor, la institución interfiere con el modelado cognitivo del individuo (posibilidades de conocer la realidad). Los individuos también interfieren en los procesos cognitivos institucionales. Esta reciprocidad de posibilidades cognitivas constituye las agencias epistémicas, que están interesadas en las funcionalidades epistemológicas propuestas a los operadores jurídicos en razón de sus roles procesales. Al señalar este aspecto del Derecho, visto como sistema cognitivo, Marrero (2015, p. 32) presupone que el “derecho impone agendas cognitivas, o programas de acciones, a los agentes jurídicos. Si esto es correcto, la epistemología jurídica debería evaluar dichas agendas”.

A pesar de la inclinación conciliadora de Marrero (2015, p. 15-33), que propone una Epistemología Jurídica sobre agendas cognitivas del Derecho, debiendo ser integradas las epistemologías individual y social, Prado (2019, p. 17), aun cuando reconoce la utilidad teórico-práctica de este modelo epistemológico conciliador, señala su insuficiencia cuando dice que el libro abarca “nociones de epistemología subjetivista, ya sea adhiriendo a la tesis del proceso como dispositivo, en la línea de pensamiento de Rui Cunha Martins” y sabiendo que, “si en todas partes una epistemología jurídica puramente objetiva no se ha hecho realidad, es porque el sistema penal selectivo se ha impuesto, con su significativa gama de prejuicios”.

Prado (2019, p. 17) sugiere que, incluso en el campo de las Epistemologías, no se puede perder la lectura crítica, la mirada sobre el terreno social e histórico en que incidirá determinado modelo de epistemología. Las Epistemologías Subjetivas, entendidas por Prado como Epistemologías del Sur¹³, serían aquellas que permiten conocer cómo se producen las continuas posturas excluyentes y epistemicidas de un determinado saber hegemónico en relación a las líneas de diversidad social del saber humano, algo muy común en el Sur global.

En el escenario de las Epistemologías del Sur, Boaventura de Souza Santos (2013, p. 31), al visualizar la formación de una ecología de saberes, centrada en la consistencia epistemológica de conocimientos heterogéneos y propositivos¹⁴, analiza que:

¹³ Pueden ser vistas también como Epistemologías “Críticas”, “Periféricas”, “Marginales”, en el sentido de que cuestionan una concepción de producción del conocimiento científico que se refiere, exclusivamente, a una razón insípida, eurocéntrica y norteamericanizada, que no consigue absorber las longitudes y latitudes que diversifican la propia razón humana, a partir de las experiencias históricas de las sociedades periféricas. Serían Epistemologías contra-hegemónicas. Por otro lado, Gascón Abellán (2010, p. 36-37) utiliza la denominación Epistemología Subjetivista para referirse a las prácticas reprochables del decisionismo judicial, al intuicionismo judicial en el momento de la decisión, lo que elimina la necesidad de una valoración racional de la prueba. La referida autora dice que “*uno de los reflejos jurídicos más devastadores de las epistemologías subjetivistas lo constituyen, en efecto, ciertas tendencias antiformalistas para las que la prueba no es primordialmente averiguación y fijación de los hechos, sino una actividad esencialmente subjetiva y por ello irracional o incontrolable.*”

¹⁴ Al priorizar una *filosofía de la liberación*, Dussel (2011, p. 98-99) advierte que “la praxis de dominación es la acción injusta. Es la afirmación práctica de la totalidad y su proyecto, es la realización óptica del ser. Su efectuación alienante. El señor ejerce su poder actual sobre

en cada uno de los dos grandes dominios — la ciencia y el derecho — las divisiones llevadas a cabo por las líneas globales son abismales en el sentido en que eliminan definitivamente cualquier realidad que se encuentre del otro lado de la línea. Esta negación radical de copresencia fundamenta la afirmación de la diferencia radical que, desde este lado de la línea, separa lo verdadero de lo falso, lo legal de lo ilegal. El otro lado de la línea comprende una vasta gama de experiencias desperdiciadas, invisibilizadas, al igual que sus autores, y sin una localización territorial fija. En realidad, como anteriormente referí, originalmente existió una localización territorial y esta coincidió históricamente con un territorio social específico: la zona colonial.

Prado (2019, p. 37), por tanto, llama la atención sobre el hecho de que la construcción epistemológica del proceso penal, adoptando la verdad como indicador epistémico, tiene como obstáculo el “alto grado de colonización inquisitorial del proceso penal brasileiro”, en el que las “condenaciones se fundamentan en pruebas a pesar de no estar basadas en pruebas”. Destaca que, junto a una epistemología individual (la construcción de la decisión judicial), una propuesta de Epistemología del Sur (Subjetiva), que respete el proceso penal como modelado institucional cognitivo (epistemología social), debe preocuparse por:

cuestiones relacionadas a la protección del interés vital de las personas que viven bajo el estigma incriminatorio, y que bajo tal estigma están sujetos a un “acomodo funcional” a los estratos sociales más vulnerables, poniéndose en resalto temas como la protección de su domicilio, la garantía de su integridad física y psicológica contra la tortura, y la preservación de las condiciones de su autodeterminación informativa, además del derecho a participar activamente de un proceso penal que no esté codificado lingüísticamente hasta el punto de necesitar ser descifrado [no participo activamente de aquello que no puedo entender] sólo son pasibles de formularse si las relaciones de poder que expresa el fenómeno penal pudieran ser captadas mediante herramientas teóricas adecuadas. (Prado, 2019, pág.35).

el sirvo por medio del obrar opresor. Es la mediación del sistema como formación social y por medio de la cual su estructura resiste y persiste”

Es a partir de este diálogo fluido entre epistemologías individual, social y subjetiva que se puede obtener una mayor democraticidad en el proceso penal. Sin embargo, si la praxis procesal penal sigue siendo inquisitiva, las iniciativas epistemológicas para una mejor determinación de los hechos serán intentos de atajos democráticos perdidos en esta densidad inquisitorial, que sigue estructurando la mentalidad de los operadores jurídicos. Con cierto pesar, en este punto, hay que recordar a Alberto Binder (2004, p. 1) cuando dice que la historia de la legalidad en América Latina es la historia de la debilidad de la ley.

Los movimientos de reformas procesales penales -especialmente cuando priorizan la realización de un debido proceso penal en países de tradición histórico-política autoritaria, como Brasil- suelen encontrar resistencia política-criminal (conservadora y autoritaria) de movimientos de contrarreforma procesal penal, provenientes, inclusive, del propio poder legislativo y de la jurisprudencia. Es de esta forma que se presenta la debilidad de la legalidad en América Latina.

Por todo ello, la epistemología jurídica, con su aliento revitalizante sobre un tema fundamental para el sistema acusatorio procesal - la prueba penal -, sufrirá una falta inicial de aclimatación espontánea en el proceso penal, el cual tiende a sentirse más cómodo con la vulgarización del arte retórico en decisiones penales que simulan, en sus motivaciones, un correcto acierto de los hechos.

No por esto dejará, la Epistemología, de anunciar al proceso penal que existen nuevas formas de realizar el debido proceso, que se regirá por aportes teóricos y empíricos de una metodología de producción de conocimiento, que respete las racionalidades lógicas y científicas, lo que no se confunde con ausencia de sensibilidad analítica con respecto a la cuestión criminal. Y la obra de Prado es, sin duda, una buena señal en este sentido.

3. Proceso penal como dispositivo

¿Qué es un dispositivo? En una entrevista realizada por Alain Grosrichard sobre el primer volumen de *La historia de la sexualidad*, Michel Foucaultt (2018, p. 364) responde que, al utilizar el término dispositivo, intenta demar-

car un “conjunto heterogéneo que engloba discursos, instituciones, organizaciones arquitectónicas, decisiones reglamentares, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales y filantrópicas”.

El dispositivo se revelaría en la interacción entre lo dicho y lo no dicho, en una suerte de juegos de poder que constituyen saberes, implican cambios de posición y de funciones de los elementos discursivos y no discursivos (Prado, 2019, p. 17). El dispositivo “es algo mucho más general que comprende la *epistémè*. O más bien, que la *epistémè* es un dispositivo específicamente discursivo, a diferencia del dispositivo, que es discursivo y no discursivo, con sus elementos mucho más heterogéneos (Foucault, 2018, p. 365-367)”.

Giorgio Agamben (2009, p. 46-47), filósofo que tiene algunos escritos sobre el pensamiento de Foucault¹⁵, va más allá de la noción foucaultiana de dispositivo para entenderlo como una heterogeneidad de elementos que provocan, en la coyuntura capitalista, la dessubjetivación del sujeto, convirtiéndolo solo en un número a ser controlado.

El dispositivo, en Foucault, al someter al individuo, le quita la primera subjetividad, sustituyéndola por una subjetividad artificial, ilusoria, resultante de los juegos de poder que imperan en el propio dispositivo. Agamben (2009, p. 48-49) radicaliza esta dimensión, al decir que el dispositivo ni siquiera produce una subjetividad ficticia para el individuo. Lo convierte en algo espectral, completamente despojados de sí. En esta dimensión, las sociedades contemporáneas se presentan “como cuerpos inertes atravesados por gigantescos procesos de dessubjetivación que no corresponden a ninguna subjetivación real”.

Entender el proceso criminal como un dispositivo es visualizarlo en una multiplicidad de interacciones entre poder, política, dogmática, epistemolo-

¹⁵ En texto que intenta responder la pregunta *O que é um paradigma?*, Agamben (2019, p. 13-14), al trazar un paralelo crítico entre el método de la arqueología foucaultiana y la concepción de paradigma instaurada por Tomas Kuhn, señala que “una de las orientaciones más constantes de investigación de Foucault es el abandono del abordaje tradicional del problema del poder, basado en modelos jurídicos e institucionales y en categorías universales (el derecho, la teoría de la soberanía), en pos de un análisis de los dispositivos concretos mediante los cuales el poder penetra en los propios cuerpos de los súbditos o gobierna sus formas de vida”.

gía y tantos cuantos sean los elementos discursivos y no discursivos que lo conformen. Esta es la propuesta conceptual de Prado (2019, p. 37) que, al reconocer las influencias filosóficas antes mencionadas, adopta la definición de proceso penal como dispositivo desarrollada por Rui Cunha Martins:

el *proceso*, cualquier proceso, como dispositivo articulador de elementos de diversa índole, uno de los cuales puede ser el valor verdad, y cuyas modalidades de interacción son tanto regulares como imprevisibles, respondiendo básicamente a *criterios de conectividad*. Es sobre esta multiplicidad que invierte, en un determinado momento (más precisamente: en el momento en que esta dinámica procesal se constituye un proceso al servicio de algún ícono específico: proceso *histórico*, proceso *económico*, proceso *constituyente*, proceso *administrativo*, proceso *civil*, proceso penal...), una necesidad de sistema, correspondiente al deseo de imponer una estructura dotada de sentido a la dispersión constitutiva de los elementos procesales. En este punto, se trata de direccionar la conectividad y dirigirla hacia un fin. (Martins, 2012, pág.73).

Prado, al compartir la percepción teórico-práctica que conceptualiza el proceso penal como dispositivo, no deja de reconocerlo como un modelo del proceso constitucionalmente previsto para contener el Poder Punitivo¹⁶. No reserva al proceso penal un destino pesimista, de infinita inquisitorialidad. Al asumir la heterogeneidad procesal, sabe que la praxis criminal ofrece diferentes ejemplos en que los elementos no discursivos tienden a sofocar la estructura procesal acusatoria. Y, precisamente para evitar esta gubernamentalidad inquisitoria en el proceso penal, la verdad como indicador epistémico proporcionará “la introducción de métodos y prácticas probatorios de verificación de los hechos que puedan ser efectivamente confrontados de manera contradictoria y probados en relación a su potencial para explicar la realidad” (Prado, 2019, pág.39).

¹⁶ De acuerdo con Roxin (2000, p. 10), “el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal.”

La verdad como indicador epistémico, en un proceso penal pensado críticamente como dispositivo, permite una amplia corrección dogmática y epistemológica del proceso penal. Confiere mayor legitimidad democrática al ejercicio del poder persecutorio y penal, lo que contempla, satisfactoriamente, un modelo constitucional de proceso penal, que traza, procesal y sustancialmente, los postulados del Estado Democrático de Derecho.

Cabe señalar que el Garantismo, de Luigi Ferrajoli, es también un marcador teórico del análisis de Prado sobre la cadena de custodia, instituto procesal que debe cumplir, de acuerdo con la epistemología, la lógica de máxima preservación de los derechos y las garantías fundamentales. Repítase lo dicho por Prado (2019, p. 31): “el punto de partida es garantista”, para que la relación entre verdad, prueba y proceso penal sea “condición de posibilidad de un proceso penal conformado por mandatos del estado de derecho y en estos términos la presunción de inocencia constituye el principio rector del proceso penal”.

En este punto, recuérdese que Luigi Ferrajoli es también un grande epistemólogo¹⁷ y que la teoría del garantismo penal propone, con sus axiomas, una relación entre Derecho y Razón, en la cual la palabra razón se presenta en tres sentidos. La razón *en el* derecho (epistemología del derecho), la razón *del* derecho (axiología y política) y razón *de* derecho penal (ciencia penal). Por esto, el ámbito académico del derecho probatorio, que hoy se encuentra fecundo y revitalizado por la epistemología, ya había experimentado una primera ola epistemológica en el proceso penal, hace casi 20 años¹⁸, con la recepción de la Teoría del Garantismo Penal en Brasil¹⁹.

¹⁷ En este sentido, véase la obra de Ferrajoli (2013).

¹⁸ En realidad, Prado adhirió al Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli, desde su disertación de maestría (1998), publicada como libro, cuyo título es *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Cítese el siguiente pasaje del libro mencionado: “vale recordar la advertencia de Ferrajoli, para quien, considerando la diferenciación de los distintos niveles de normas agregadas al ordenamiento jurídico (leyes, reglamentos, resoluciones, etc.) es común observar en el nivel normativo superior (la Constitución de la República) un estado de cosas refutado por disposiciones de niveles normativos inferiores (leyes y hasta reglamentos), y de la práctica judicial, dando lugar a la tendencia de los primeros a ser ineficaces e ilegítimos los segundos” (Prado, 2006, p. 7).

¹⁹ “En esta perspectiva el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones

En este panorama, Prado (2019, p. 42) realiza algunas observaciones, ajustes dogmáticos e interpretativos, para que el proceso penal (disposición procesal) sea entendido como “entidad epistémica regulada, de acuerdo con el concepto abierto constitucional del debido proceso legal”. Por lo que se lee de la obra de Prado, su pensamiento aparece como favorable a la máxima potencialización interpretativa de la presunción de inocencia, que puede alcanzar, según pensamos, a un estado de metanivel procesal²⁰.

Utilizando la clasificación propuesta por Ávila (2005, p. 93), en su Teoría de los Principios, nos permitimos decir que “no considerar a una persona culpable hasta que la sentencia condenatoria se encuentre firme (art. 5, LVII, CF / 88)” es un texto jurídico que autoriza la construcción de tres dimensiones normativas: a) norma-principio: el máximo respeto al estado de inocencia de una persona es el estado ideal de la acusación procesal; b) norma-regla: impone reglas de tratamiento procesal a la persona acusada como si fuera inocente (por ejemplo, prisión preventiva y uso de esposas en situaciones excepcionales) y también puede ofrecer una excelente regla de juzgamiento para resolver una duda final sobre cuestiones fácticas relevantes - *in dubio pro reo*²¹; c) postulado hermenéutico y de aplicación de las normas procesales penales, siendo fundamental para la conformación constitucional de estas normas.

a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones” (Ferrajoli, 1995, p. 22).

²⁰ Ya en la presentación de la obra, Prado (2019, p. 10), al afirmar que el asunto de la prueba penal está a la orden del día, advierte que “el desafío concreto radica no solo en entender el *metalenguaje* de la prueba penal, que define los términos de la interacción cuando se trata de persecución penal transnacional, y de ese modo evitar los daños causados por la *importación inadecuada de modelos jurídicos*, sino en situar el momento en el que se encuentra la controversia sobre las denominadas *metodologías o dimensiones de la prueba* en cada ordenamiento”. Como la adopción o no del principio de la presunción de inocencia es el eje que estructura el modelo probatorio de cada país, puede obtenerse, cuando los modelos probatorios son comparados, un metanivel analítico sobre el principio de la presunción de inocencia, una lectura interparadigmática de este principio.

²¹ En diverso sentido, para Nieva Fenoll (2013, p. 165), si, al final del proceso, aún persiste la duda sobre alguna cuestión relevante, no se debe partir, inmediatamente, hacia una solución radical, aplicándose el *in dubio pro reo*, dando la absolución al reo. Para él, “*la mejor solución, por tanto, en caso de incertidumbre, no será la aplicación de ninguna regla radical, sino considerar probada la hipótesis que, pese a todo, cuente con mayores elementos que puedan fundamentarla científicamente tras la práctica de la prueba*”.

De hecho, el principio de presunción de inocencia es una síntesis normativa constitucional del debido proceso penal y, también, la base axiológica para acceder a las correctas teorías del conocimiento sobre el proceso penal. Camina entre lo político, lo filosófico y lo jurídico a la hora de la formulación conceptual del moderno proceso penal equitativo. En medio de estas esferas del saber, parece situarse en un estado casi de metanivel procesal, metalenguaje procesal, fundamento, al mismo tiempo, externo e interno al proceso penal, de modo que esta imagen aparentemente paradójica (algo fuera, algo dentro del proceso) pronto se disuelve cuando se percibe al proceso penal como un curso dinámico de saberes heterogéneos.

Son estas impresiones que parecen surgir de la lectura de Prado (2019, p. 44) que afirma que “El papel que juega hoy la presunción de inocencia consiste, por tanto, en fundar un estado original de incertidumbre que marcará la persecución penal, desde la noticia del crimen hasta el momento inmediatamente anterior a la sentencia penal condenatoria”²². Prado (2019,

²² Prado (2019, p. 31) menciona que, “sobre el concepto construido a partir del consenso dogmático acerca del papel funcional de la presunción de inocencia”, debe consultarse la perspectiva que aborda el valor normativista de la presunción de inocencia, que fue desarrollada por Carl- Friederich Stuckenberg con adhesión de Roxin, y abordada por Sánchez-Vera Gómez-Trelles, este último en relación al principio de la presunción de inocencia en el derecho procesal penal español. En este sentido, Sánchez-Vera Gómez- Trelles (2012, p. 16-17) realiza un análisis funcional de la presunción de inocencia a partir del Derecho Penal, cuando dice que “la presunción de inocencia sirve al Derecho penal (mal llamado material: solo hay uno, material y procesal) y, a la inversa, el Derecho penal sirve a la presunción de inocencia. Se tratará pues —así nuestro programa— de un análisis funcional de la presunción de inocencia: conforme a la esencial función que representa. [...]”. Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2012, p. 30) entiende la presunción de inocencia como principio que fundamenta, teóricamente, tanto el Derecho Penal como el Derecho Procesal Penal, al considerar, frente a esta base principiología en común, que no es tan necesaria esta subdivisión en Derecho Penal y Procesal Penal: “[...] el baluarte de la presunción de inocencia, pues no se trata de un principio más del proceso, es el proceso mismo; una directa prohibición de desautorizar el proceso. Por ello, todas las partes están asociadas: el proceso con la pena, y la pena, por ello, con la presunción de inocencia. Es el núcleo duro del Derecho penal. Podrán diferir estas piezas entre ellas, como si de una variación musical se tratase, pero todas nacen del mismo tema principal: la inocencia como sistema afortunadamente proclamado en el art. 24 de la Constitución”. En la doctrina brasilera, Tavares (2019, p. 179), con base en el principio de la presunción de inocencia, propone un análisis dialéctico de los compartimentos del injusto penal (tipo y antijuridicidad), de modo que el tipo no debe ser interpretado como indicio de la antijuridicidad. El tipo es sólo una etapa

p. 37), consciente del alcance epistemológico de la presunción de inocencia, rompe con la definición clásica de que el “proceso se inicia solamente cuando la acusación formal es admitida por el juez, al recibir la denuncia o querrela”, para concebir la formación del proceso desde la noticia-crimen, con plena incidencia de la presunción de inocencia.

Para él (2019, p. 37), de este nuevo marco procesal²³ se pueden “extraer diversas consecuencias tanto en el ámbito de la actividad probatoria como en la influencia sobre los estatutos jurídicos de los diversos sujetos que son personajes obligatorios en un contexto formado por elementos ‘discursivos’ y ‘no discursivos’”.

En esta nueva dimensión formativa del proceso penal, Prado identifica otro fetiche que seduce la dogmática procesal. Poco se cuestiona sobre el libre convencimiento motivado, en el sentido de indagarse *cómo* se da el libre convencimiento motivado judicial en el proceso penal, si este *cómo*, en tanto camino judicial a ser recorrido para la determinación de los hechos en la sentencia, promueve una decisión penal de calidad, que se vale de filtros epistémicos en relación a la información probatoria aportada al proceso.

Según Prado (2019, p. 55), después de un período del proceso penal marcado por el sistema de la prueba tasada y por la íntima convicción, existe una sobreestimación dogmática del libre convencimiento motivado

metodológica que precede al análisis de la antijuridicidad, que solo podrá ser considerada existente cuando “se agoten todos los recursos en favor del predominio de la libertad”. Y esto sucede, conforme lo dicho, porque en la verificación de estos compartimentos del injusto (tipo y antijuridicidad) debe incidir el principio de la presunción de inocencia (art. 5º, LVII, da CF/88).

²³ En dictamen sobre la posibilidad de los Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil actuaran, mediante sus respectivos Presidentes, como asistentes en investigaciones criminales y procesos penales en que sean ofendidos los inscriptos en el cuadro de abogados de la OAB, Prado (2019, p. 341-342), al reforzar su posicionamiento jurídico sobre cuál sería el marco inicial del proceso penal brasileiro, destaca la importancia de considerarlo desde la noticia-crimen, para que haya una mayor preservación de los derechos y garantías fundamentales de la persona investigada: “al ser el proceso penal un ‘dispositivo’ que a un tiempo contempla la ‘búsqueda de la verdad’ y la defensa de los derechos y garantías del imputado desde la noticia-crimen importa establecer límites a las prácticas, así como implica la redefinición de reglas jurídicas estableciendo, no solamente lo que las partes y demás sujetos procesales pueden o no hacer- desde la noticia crimen reitérese- pero, aun fijando objetivos públicos que convierten la mayoría de las acciones, particularmente la de carácter persecutorio, en actividades orientadas por el principio de la impersonalidad”.

puesta, en general, como la mejor forma para alcanzar una decisión justa. Prado (2019, p. 37) advierte sobre la necesidad de una nueva visión del libre convencimiento motivado, que debe resultar de una valoración racional de la prueba (explicitación de los razonamientos probatorios, recepción de aportes científicos, racionalidad epistemológica, respeto a la normatividad probatoria), precedida de una fase seria de admisibilidad probatoria. De lo contrario, puede haber un “aumento cuántico de los poderes judiciales” en la valoración de la prueba, tal como sucedió con la época autoritaria de la verdad real, que propició la ideología del Código de Procedimiento Penal de 1941, en el cual el juez era visto como un sujeto dotado de “superpoderes epistémicos” (Prado, 2019, p. 27).

La fetichización acrítica del libre convencimiento motivado en el ámbito jurídico contribuye a que el proceso penal no esté pensando en el propósito de garantizar la calidad epistemológica de la información y el material probatorio que se presentan en la fase investigativa, desde la noticia del crimen presentada a la autoridad policial o Ministerio Público. Más aún: contribuye a alimentar una creencia -no siempre ingenua- de que sería mejor admitir en el proceso el máximo de informaciones (aunque carezcan de fiabilidad), dejando a cargo del libre y prudente convencimiento judicial, al final del procedimiento, atribuir el correcto valor a cada elemento probatorio.

De esto no se puede concluir que Prado esté en contra del libre convencimiento motivado²⁴. Su lectura de este modelo de toma de decisiones es que se muestra diferenciada, en un intento de conformarlo constitucionalmente. Los ojos epistemológicos de Prado se vuelven hacia el camino, la “*carpintería de la sentencia penal*”²⁵, cuestionan cómo se realizó la deter-

²⁴ En realidad, el libre convencimiento motivado se somete al test de criticidad dogmática, para que se indague hasta qué punto este libre convencimiento motivado no se ve obstaculizado por creencias juiciosas.

²⁵ Expresión utilizada por Perfecto Ibañez (2007, p. 120-123) para retratar la complejidad de la actividad judicial en la determinación de los hechos, abordando la *quaestio facti* (hechos empíricos) no es una materia inerte, lista y acabada cuando es introducida en el proceso. En realidad, es todo lo opuesto, porque, por regla, se refiere a hechos pasados, que serán introducidos, enunciativamente, en el proceso por medio de una actividad constructiva de las partes, debiendo el juez explicar, racionalmente, como alcanzó ciertas conclusiones.

minación de los hechos. La epistemología es el puente que dará, al repeler el inquisitorio decisionismo psicologista, una “libertad condicionada” a la motivación de la decisión penal²⁶.

Por su propia heterogeneidad, es importante pensar, como sugiere Prado, el dispositivo procesal a partir de un sistema de controles epistémicos que considere la formación del proceso desde la noticia del crimen, ejerciendo una constante vigilia sobre cuestiones de preservación y garantía de la integridad de la prueba en todo el curso del proceso penal.

4. Dispositivos probatorios y sistema de controles epistémicos

La epistemología jurídica puede alertar sobre cambios en relación a la práctica procesal de determinados medios de prueba, como la prueba testimonial y el reconocimiento de personas, que han sido estudiados por la psicología cognitiva, comprometida en el análisis de las susceptibilidades de la memoria humana en los procesos de codificación, almacenamiento y recuperación de informaciones²⁷. También puede indicar la necesidad de modificación de una etapa procesal, con el objetivo de que el contexto

²⁶ Sin intención de minimizar el potencial de la racionalidad epistemológica para el justo acierto de la decisión penal, Dei Vecchi (2019, p. 46) cuestiona la capacidad que la epistemología tendría para garantizar, con exactitud, el acierto de la justificación de la decisión judicial, de modo que debe ser visto, con crítica equilibrada, lo que convencionalmente se denominó en el proceso penal español de “la sana crítica racional”: “Por su parte, la epistemología tampoco proporciona un criterio categórico que nos permita decir cuándo una justificación es epistémicamente suficiente. En el mejor de los casos, lo que la epistemología pone a nuestro alcance es algo así como un criterio de resignación según el cual la mejor hipótesis ha de tenerse por la verdadera (sea lo que fuere que la hace mejor), aun si esa hipótesis se presenta, aisladamente, como improbable.”

²⁷ En esta área de la psicología, los hallazgos empíricos recomiendan que la preguntas dirigidas a los testigos sean abiertas (“¿qué sabe el testigo sobre el hecho?”), evitándose sugerencias que comprometan la calidad de la información a ser obtenida. En cuanto al reconocimiento de personas, estudios científicos muestran que la iluminación de la escena del crimen, uso de arma de fuego, estrés provocado por el delito, momento de reconocimiento son diversas variables que interfieren en la fiabilidad probatoria del reconocimiento de personas. En este sentido: Ceconello, W. W., de Ávila, G. N., y Stein, L. M. (2018); Ceconello, W. W., y Stein, L. M. (2020).

probatorio del proceso sea amplio, propenso a la adquisición de pruebas relevantes y, sobretodo, fiables.

De hecho, la epistemología, desde un punto de vista probatorio, tiende a preocuparse por la amplitud, calidad e intensidad de la cognoscibilidad de las cuestiones de hecho que fundamentarán la decisión judicial. Para este objetivo, la epistemología tiene la capacidad de dirigir su propia producción normativa sobre la prueba penal, sugerir nuevos comportamientos procesales y, en definitiva, promover la transformación paradigmática de una determinada cultura procesal en relación al derecho probatorio. Por estar atravesada por contenidos científicos, filosóficos, lógicos, teórico-lingüísticos, la epistemología es una fuerza incansable de pensamiento que se ofrece al mundo que, para el análisis sobre la cadena de custodia, es el mundo del proceso penal.

Con esto, el proceso penal no se convierte en rehén de la racionalidad epistemológica, porque el proceso integra la palpitante fenomenología social. Simplemente significa que el proceso penal no puede transformarse en un desperdicio de la razón científica, de la observación empírica guiada por fuertes razonamientos inferenciales²⁸.

Como se anunció anteriormente, además de controlar epistémicamente un determinado medio de prueba, es posible concebir una arquitectura procesal general, adecuada para estructurar, en la fluidez heterogénea de los elementos procesales (proceso como dispositivo), un sistema de controles epistémicos. Sistema político y sistema jurídico, en las interrelaciones de la administración de la justicia penal, pueden concebir una etapa procesal en la cual el control epistémico se intensificaría, sin dejar de ser retomado en otros momentos del proceso penal.

²⁸ De acuerdo con Matida y Herdy (2019, p. 212): “la inferencia probatoria es el razonamiento utilizado por el tomador de la decisión judicial para justificar la determinación de una cuestión de hecho en el tribunal. Una inferencia (probatoria o no) está formada por un conjunto de proposiciones, llamadas premisas, que son ofrecidas como razones para dar sustento a una conclusión. En el caso de las inferencias probatorias, las proposiciones que dan sustento a la conclusión se refieren a las informaciones probatorias disponibles en el proceso; por otro lado, la conclusión constituye la hipótesis fáctica a ser asumida como premisa en la inferencia judicial mayor que justificará la decisión final”.

En otras palabras, el procedimiento penal, desde su concepción normativa, puede ser pensado y reestructurado para atender la necesidad de justificación epistemológica del proceso penal y, en consecuencia, de los respectivos controles epistémicos sobre la prueba penal. El principio de la presunción de inocencia, como base (política, normativa, axiológica) estructurante del proceso penal, requiere que los aportes epistemológicos subsidien el conocimiento del caso penal, respetándose siempre la fundamentalidad constitucional del proceso penal, que repele cualquier amenaza de retroceso con respecto a derechos y garantías fundamentales.

De manera ilustrativa, piénsese que el vocablo *standart* no debe usarse solamente para indicar el grado de suficiencia probatoria que determinado ordenamiento jurídico considera para condenar a una persona. Incluso desde una perspectiva garantista, los diferentes momentos probatorios del proceso penal requieren la verificación de *standards* informacionales (conocimiento potencialmente esclarecedor) que justifiquen la existencia y continuidad de una etapa procesal. ¿Tendrá sentido continuar una investigación evidentemente sin potencial de captar elementos informativos? ¿Podrá presentarse una denuncia a partir de una investigación que recolectó elementos informativos de baja fiabilidad? La idea de suficiencia probatoria debe acompañar el proceso penal de punta a punta, respetando la densidad y peculiaridad de cada etapa procesal. De este modo, al final, se vuelve probable que la decisión penal sea procesal y materialmente justa, alimentada por una noción de verdad como indicador epistémico de la realización del proceso.

La decisión penal no puede ser un collage sofista de retazos probatorios. Esperar que la seriedad metodológica, que debe guiar la dinámica probatoria, esté reservada a la valoración judicial puede comprometer la propia confiabilidad del proceso penal. El compromiso epistemológico del proceso penal debe producirse desde la investigación hasta el último suspiro procesal que precede a sentencia condenatoria firme.

Prado (2019, p. 66-68), atento a esta transversalidad epistemológica del proceso penal, propone que, con la reforma procesal penal brasilera del año 2008, que modificó los artículos 155, 157, 395, 396 y 397 del CPP, el procedimiento penal pasó a ser trifásico. Además de la investigación penal y la instrucción probatoria, entre estas dos etapas se incluye la etapa de admi-

sibilidad del auto de procesamiento. Según Prado, esta etapa intermedia es de suma importancia para que exista un filtro judicial frente a acusaciones imprudentes, superficiales, irresponsables, sin sustento probatorio o referenciadas por fuentes ilícitas de prueba.

Para Prado (p. 69-72), el filtrado procesal de la acusación es una actividad propia del sistema de controles epistémicos, marcada, esencialmente, por el control judicial de la fiabilidad de los elementos informativos y pruebas producidos para sustentar la acusación y por el *Discovery*, que sería verificar si la defensa, ya en fase de investigación, tuvo acceso a las fuentes de prueba, principalmente, pero no solo, a aquellas que pueden beneficiarla, desestimando la existencia del proceso. De esta forma, en esta etapa procesal, la defensa podrá comprobar y cuestionar, inclusive indicando la necesidad de producción de pruebas de segundo orden (prueba sobre prueba), la integridad de las fuentes de prueba presentadas por la fiscalía al momento de realizar la imputación de un delito.

Cabe señalar que Prado no solo establece un nuevo marco para la existencia del proceso penal propiamente dicho, que comienza con la noticia del crimen, sino que también le da un nuevo color, más democrático, a la garantía constitucional de defensa amplia, ya que la define como la posibilidad constante y dinámica de la defensa para rastrear y verificar la integridad de las fuentes de prueba que justifican el proceso penal.

Y, si bien el libro de Prado había sido publicado incluso antes de la aprobación de la ley que introdujo en el Código Procesal Penal una norma específica sobre el tema (arts. 158A-158F), lo cierto es que el autor ya defendía, incluso antes del cambio legislativo, que la cadena de custodia era un elemento necesario y fundamental para la efectivización de diversos derechos fundamentales y un corolario lógico del propio principio de legalidad (2019, p. 97), ligado precisamente a estos objetivos: permitir un contradictorio con la debida densidad y garantizar el ejercicio del derecho de defensa en toda su amplitud. Literalmente, en ese momento, el autor ya señalaba que “si bien el derecho brasilero no dispone de una regla específica sobre la cadena de custodia de las pruebas la consecuencia de su violación debe ser removida de la constatación de que el contradictorio, como condición de validez constitucional del acto procesal, igualmente fue vulnerado, volviendo ilícitas las restantes pruebas” (2019, p. 128).

Por otro lado, hay también una justificación para la observación empírica, Prado (2019, p. 68) menciona que un sistema eficiente de controles epistémicos es indispensable, porque “se popularizó recurrir, en el ámbito de la investigación, a métodos ocultos de investigación (intercepción de comunicaciones, vigilancia continua y violación de secretos)” y, en este contexto de investigaciones abusivas, “la totalidad de los elementos de información que sustentan las acusaciones se encuentran basados en elementos obtenidos de esta manera”.

Como lenguaje procesal, en lo que respecta a la cadena de custodia, el control epistémico recaería sobre toda la investigación penal, reforzando el control de legalidad y fundamentalidad constitucional que se espera de la fase intermedia del proceso penal. Por lo tanto, se abre otro marco de concepción teórico- práctico: pensar la investigación penal a través de un razonamiento epistemológicamente orientado²⁹.

En este contexto, corresponderá al juez de garantías, incorporado al CPP brasileiro en virtud de la Ley n° 13.964/2019, realizar el control epistémico de la investigación, “siendo responsable del control de legalidad de la investigación penal y de salvaguardar los derechos individuales”, correspondiéndole decidir el recibimiento de la denuncia o querrela. Debido a la “microrreforma” procesal penal de 2019, no se enviarán expedientes de investigación al juez de instrucción y juzgamiento, salvo los documentos relativos a las pruebas irrepetibles, medidas de obtención de pruebas o de anticipación de pruebas, que deberán ser enviados en expedientes separados (art. 3-B, inciso XIV, §3°, del CPP).

En este paso, es perfectamente posible decir que estas modificaciones legislativas, ocurridas poco tiempo después de la publicación de la obra de

²⁹ Aguilera García (2020, p. 17-42) destaca que la etapa de investigación debe recibir una adecuada atención epistemológica, centrada en el tipo de razonamiento probatoria (abductivo) que suele prevalecer en esta etapa del procedimiento penal. Utilizando las explicaciones de Giovanni Tuzet sobre el razonamiento abductivo, el mencionado autor advierte que las preocupaciones epistemológicas sobre el derecho probatorio tienden a prevalecer sobre la etapa de admisibilidad de los medios probatorios y la justificación de la decisión judicial, olvidándose de la investigación. Para él, se debe corregir esta incidencia asimétrica y desproporcional de la epistemología en el procedimiento penal, que tiende a omitir la investigación preliminar y, con esto, no reduce, adecuadamente, la ocurrencia y la repetición de errores judiciales en el proceso penal.

Prado, atienden muchos de sus reclamos, en la medida en que favorecen la preservación de la calidad epistemológica del proceso penal para quien va a juzgar la cuestión penal, evitándose, al máximo, que se tenga, en la instrucción y en el juzgamiento en sí, contacto judicial con el material que fue producido en la investigación, como regla de bajísimo contradictorio. Y lo contradictorio es, por excelencia, una garantía epistemológica.

Sin embargo, es necesario dejar constancia que los artículos recientemente introducidos y que tratan del juez de garantías (arts. 3-A - 3-F del CPP) tuvieron la validez suspendida por decisión dictada como medida cautelar de acción directa de inconstitucionalidad en el Supremo Tribunal Federal (Adis n. 6298, 6.299. 6.300 y 6.305). El establecimiento de una madura fase intermedia en el proceso penal brasileiro, realmente orientada a analizar la fiabilidad de las fuentes de prueba recabadas en la investigación y la viabilidad de instaurar la etapa judicial instructoria, aún es algo que aparentemente está lejos de concretarse.

Cabe señalar también que, en países de América Latina, que han experimentado reformas procesales globales de sus CPP (Costa Rica, Panamá, Perú, Guatemala), en los cuales la fase intermedia del proceso penal se encuentra bien delimitada por la ley, el día a día del sistema de justicia penal ha revelado una verdadera distorsión y debilitamiento de esta etapa procesal.

Mauricio Duce (2020, p. 103-132) relata, con base en datos empíricos, que en Chile, la etapa de preparación del juicio oral (etapa intermedia), que se desarrolla en una audiencia preliminar conducida por el juez de garantías³⁰, no ha cumplido, satisfactoriamente, con una de sus principales funcionalidades, que sería el control de admisibilidad previa de la prueba que ingresará en el proceso. Los reconocimientos de personas, las pruebas testimoniales y periciales han sido generalmente admitidas, sin una discusión sólida sobre su pertinencia para conformar la fase del juicio oral, sobre

³⁰ Gallardo (2020, p. 9) advierte que “en efecto, la concreción del principio acusatorio exige comprender una cuestión muchas veces ignorada, a saber: la diferenciación estructural y epistémica entre la fase de investigación y la fase de juzgamiento (en modelos como el Chileno el proceso en rigor contempla tres fases: la investigativa, la intermedia en la cual se controla la legalidad de las pruebas y la del juicio oral propiamente, interviniendo el juez de garantía en las dos primeras)”.

todo porque, en la práctica, las respectivas audiencias de preparación del juicio oral han tenido una duración muy corta³¹.

Continuando con su análisis, Prado (2019, p. 72), a partir de la premisa de que la elección de un sistema de controles epistémicos, en condición de preservación de las garantías del imputado, es un fundamento ético del proceso penal, analiza algunos aspectos del *Discovery*, destacando la importancia de aplicar este instituto, de caracterización norteamericana, al proceso penal brasileiro.

Para el citado autor (2019, p. 74-75), la historicidad inquisitoria del proceso penal brasileiro, resistente a la luz democrática que emana de la Constitución, indica una asimétrica dinámica de poderes institucionales en el proceso penal, que puede resultar en la llamada “aglomeración cuántica del poder” de la policía, del Ministerio Público o del Poder Judicial. La división estática de las funciones procesales penales no es suficiente para garantizar el sistema acusatorio procesal penal. En la práctica, esta división puede ser corrompida por una de las agencias formales de control de la criminalidad (Policía, Ministerio Público o Poder Judicial), en la medida en que una de estas agencias se comporte como una institución de “superpoderes”, lo que silencia a las otras instituciones, usurpándolas en sus funciones, momento en el cual se reverbera el autoritarismo procesal³².

Según Prado (2019, p. 78-86), el *Discovery*, al permitir a la defensa, desde la etapa investigativa, rastrear las fuentes de prueba disponibles,

³¹ Conforme destaca Duce (2020, p. 114-115), “esta práctica indicaría que el sistema está operando con unos ciertos niveles de automatismo en la admisión de prueba testimonial ya que esas decisiones se adoptan con muy poca información sobre lo que se espera aporten los testigos y, por lo mismo, se hace imposible sostener debates en serio sobre temas tan básicos como su pertinencia.”

³² Sobre la relación entre los estatutos estáticos y dinámicos de los sujetos procesales en el proceso penal, Prado realizó un amplio análisis en su libro *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais* (2006), que es otra gran referencia en la literatura procesal brasileira. En la mencionada obra, la construcción teórica del referido autor señala que, en la práctica, cuando uno de los sujetos pasa a ejercer funciones procesales que le cabría al otro sujeto, se distorsiona la perspectiva de conformidad constitucional del sistema acusatorio. Es lo que sucede cuando el juez se coloca en la condición de investigador o se predispone a sustituir la actividad de la acusación que le corresponde al Ministerio Público. Esta distorsión del sistema acusatorio caracteriza una de las posibles aglomeraciones cuánticas de poder en el proceso penal, ya que tanto la autoridad policial

permite que el equilibrio acusatorio en el proceso penal sea una realidad a ser experimentada cuanto antes, sin necesidad de esperar la etapa judicial instructoria. La defensa se vuelve muy activa. Deja de ser mera espectadora de los elementos de información presentados por la acusación. Comienza a provocar que la autoridad investigadora verifique otras hipótesis, que indiquen, por ejemplo, la ausencia de elementos de información sobre la autoría o materialidad delictiva. O, si es factible, la propia defensa, luego de acceder a las fuentes de prueba, investiga y proyecta sus hipótesis sobre el caso, presentándolas al juicio responsable de la fase intermedia del proceso penal (investigación defensiva).

En este sentido, el *Discovery* se muestra como un instituto seriamente comprometido con la equiparación de los poderes procesales desarrollados en las prácticas probatorias, con un fuerte potencial para evitar la indeseada acumulación cuántica de poderes descrita por Prado³³. Justificada por la necesidad de una validación práctica del principio del debido proceso penal, el instituto de Discovery, según Prado (2019, p. 85), al aplicado en el proceso penal brasilero, garantizaría la “prohibición de sorpresa (*unfair surprise*)”, imponiendo también a la acusación el deber de “preservar los elementos de información obtenidos y poniéndolos a disposición de la defensa siempre que fuera necesario”.

y el Ministerio Público también pueden alejarse de sus funciones constitucionales, con prácticas incompatibles con la propuesta de un justo y equitativo proceso penal.

³³ En un texto en el cual realizó un análisis crítico sobre el proceso penal después de 25 años de vigencia de la Constitución Brasileira, Prado (2013, p. 562) ya había advertido que la realidad “desafía un nuevo esfuerzo interpretativo de la doctrina procesal penal, apunta al fenómeno de la aglomeración cuántica de poder en las manos de los sujetos procesales que reúnen tareas preventivas que, con cierta frecuencia, caen en abusos, en un creciente derecho penal y procesal penal preventivo. Para esto, se presenta indispensable ir más allá de la etapa estrictamente técnico-jurídica del proceso penal como condición de superación de la mentalidad inquisitoria”. En el texto mencionado, Prado también informa que la expresión aglomeración cuántica de poder fue usada por Bernd Schünemann para referirse al establecimiento de una excesiva red de persecución penal en las llamadas “Leyes de Lucha” contra la criminalidad en Alemania. En *La cadena de custodia en el proceso penal*, Prado (2019, p. 73-74) destaca que, además de Bernd Schünemann, el jurista alemán Claus Roxin también hizo uso de la expresión acumulación de poderes, vinculada a modelos de Estados autoritarios.

Prado (2019, p. 85) enfatiza que “el filtro procesal contra las pruebas ilícitas depende del rastreo de las pruebas a las fuentes de prueba (elementos de información) y la ilicitud probatoria, directa o por derivación, es más fácilmente detectable siguiendo este rastro producido entre las fuentes de prueba y los elementos (medios) probatorios propiamente dichos”. Por lo tanto, *discovery* es un importante instrumento de control epistémico en el proceso penal.

La epistemología jurídica aplicada al proceso penal indica la necesidad de custodiar las fuentes de prueba, de adoptar medidas para su preservación, para que la integridad probatoria del proceso penal no sea deshecha por manos que, con conjeturas investigativas, acusativas y, en la peor de las hipótesis, decisionistas, anhelan una necesidad irreprimible de castigar (*conviction at any cost* - Zoukis, 2014).

De hecho, se debe prestar especial atención procesal a la fiabilidad probatoria, al momento y forma procesal adecuada para analizarla, lo que requiere un gran compromiso académico y de los profesionales del sistema de justicia con respecto a la cultura probatoria en el proceso penal brasileiro, mal acostumbrado a los excesivos poderes instructorios otorgados al juez.

Los sistemas de control epistémicos son sumamente importantes para garantizar la fiabilidad probatoria y evitar decisiones judiciales que, aunque dotadas de cierta cognoscibilidad para la determinación de los hechos, se presentan epistemológicamente laxas, con gigantescos saltos inferenciales, equiparándose al decisionismo inquisitorial.

5. Fiabilidad probatoria, ruptura de la cadena de custodia e inadmisibilidad de la prueba.

Luego de establecer nuevas perspectivas sobre el debido proceso penal, destacando la funcionalidad epistémica que la verdad ejerce en el proceso, visto como ambiente de confluencia de elementos discursivos y no discursivos, Prado se dedica a examinar el árido tema de la fiabilidad probatoria, con reflexiones que profundizan la exigencia de que los sistemas de controles epistémicos deben regir la dinámica probatorio del proceso penal.

De hecho, entre los principales aditamentos que el libro de 2019 mereció en relación al de 2014, cabe destacar que la obra más reciente, centrada

en la cadena de custodia de la prueba, recibió una mayor atención en relación al tema de la fiabilidad probatoria. La cuestión – hasta entonces poco tratada en el ámbito de la doctrina procesal penal brasilera – fue muy bien desarrollada por Prado en los años que siguieron a la publicación del primer libro, especialmente después de que este tema fuera objeto de un análisis cuidadoso en otro dictamen del autor (2015), para ser agregado al expediente del proceso penal que tramitaba en la primera instancia de la justicia de San Pablo, donde se debatía el tema de la fiabilidad de la prueba y de la ruptura de la cadena de custodia, en el contexto de la imputación del delito de competencia desleal.

Con respecto al tema, cabe señalar que Prado (2019, p. 87) parte de la idea de que la cadena de custodia de las pruebas integra un sistema más amplio, que comprende diversos dispositivos o herramientas dedicadas al ejercicio del control epistémico que debe realizarse en toda la recopilación de informaciones que ingresa al proceso y que deberá ser oportunamente valorada por el juez. Y este control epistémico se revela imprescindible precisamente por el interés que existe por evitar que sean valorados (y, por tanto, puedan influir en la toma de decisiones sobre los hechos) elementos de prueba que no satisfagan los requisitos de licitud, integridad y confiabilidad. Todo esto, según la lección de Prado (2019, p. 87), está íntimamente ligado a la idea de debido proceso y de proceso justo y equitativo.

En esta línea, Prado (2015b, p. 34) sostiene que “el cuidado que involucra el tema de la formación de la prueba tiene en cuenta cuestiones de orden práctico como, por ejemplo, la manipulación indebida del elemento probatorio con el propósito de incriminar o eximir a alguien responsabilidad y, también cuestiona, a nivel teórico, las condiciones concretas para un mejor conocimiento judicial. En otras palabras, se trata de perseguir la mejor calidad de la decisión judicial y reducir al máximo los riesgos de criminalización indebida”.

El autor llama la atención sobre una distinción fundamental – también hasta entonces poco debatida en la doctrina brasilera – entre el momento de la actividad probatoria reservado a la admisibilidad y el reservado a la valoración de la prueba, aclarando que se trata de cosas distintas (Prado, 2019, p. 87). La advertencia, que podría no ser tan necesaria para los lectores más familiarizados con las discusiones trabadas en el derecho com-

parado, fue un aspecto crucial para que los lectores brasileños entendieran un punto central de la tesis, desarrollada a partir de ahí, en el sentido de que la ruptura de la cadena de custodia, por comprometer la fiabilidad probatoria, debería tener como consecuencia la inadmisibilidad de la prueba, con el mismo tratamiento que el ordenamiento jurídico brasileño le da a la prueba ilícita.

Al respecto, Prado aclaró que “preguntar por la fiabilidad de una prueba no es lo mismo que indagar por su ‘peso’, es decir, por su valor para la formación de la convicción del juez” (2019, p. 87). Y continúa el autor: “Son cosas distintas, por lo tanto, saber si un determinado elemento probatorio está en condiciones de ser evaluado, es decir, si el elemento probatorio puede ser objeto de evaluación, y en caso de ser ‘evaluable’, saber qué valor le atribuye el juez” (Prado, 2019, p. 88). A continuación, Prado dialoga con la doctrina de Ferrer Beltrán (2007) y Gascón Abellán (2013), en particular, para establecer las premisas que lo conducen a la conclusión sobre la importancia que tiene el filtro de admisibilidad, como herramienta de control epistémico, impidiendo el ingreso de pruebas cuya fiabilidad estuviera comprometida, o incluso de aquellas en que la fiabilidad no se puede certificar. En este escenario, la evaluación de la fiabilidad probatoria tendría relación directa con la valoración de la confianza que se pueda depositar sobre determinado elemento de prueba, lo que es una condición determinante, naturalmente, para que este dato pueda ser tomado y valorado por el juez.

Según su posición, solamente las pruebas fiables – esto es, pruebas cuya autenticidad e integridad estuvieran aseguradas y puedan ser verificadas (dado que una de las consecuencias de la llamada dimensión epistémica del principio del contradictorio residiría en el derecho de la parte contraria a poder rastrear las fuentes y evaluar la fiabilidad de las pruebas presentadas por la parte adversa, incluida la proposición de pruebas sobre las pruebas³⁴) – pueden ser valoradas, debiendo la etapa de admisibilidad actuar como

³⁴ Según Gascón Inchausti (1999, p. 11), cuando se habla de “‘prueba sobre la prueba’ se está refiriendo a ciertas pruebas que se practican en el proceso con la finalidad de desvirtuar o de corroborar la eficacia probatoria de otras”. En síntesis, y de acuerdo con Ferrer Beltrán (2007, p. 87), se trata de pruebas que sirven para el control “sobre la fiabilidad de las pruebas existentes, que la confirme o la impugne. Se trata de pruebas que no versan directa

una barrera para contener el riesgo de que pruebas no fiables ingresen al proceso y sean consideradas en el momento de la valoración.

En Brasil, ya se había manifestado en este sentido Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 254), para quien, “en el caso de producción de una prueba técnica sin la mínima observancia de la técnica o método adecuado, la cuestión no será resuelta en el plano de la valoración de la prueba, sino que el problema está relacionado con su admisión: la prueba técnica será inadmisibile”. De manera aún más detallada, la profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo (2013, p. 254) aclaró que “la cuestión no debe resolverse admitiéndose la prueba y remitiendo el problema al momento de la valoración. El sistema del libre convencimiento o libre apreciación de la prueba, en contraposición al sistema de la prueba legal, se refiere al método de valoración de la prueba, liberando al juez de las ataduras previas y abstractas, realizadas por el legislador, en el sistema de la prueba legal. La valoración de la prueba es una etapa lógica y cronológicamente posterior a la admisión y a la producción de la prueba”.

¿Y por qué razón sería peligroso permitir la valoración de pruebas con déficit de fiabilidad? Es que, según Prado – y de acuerdo con las enseñanzas de Gascón Abellán (refiriéndose especialmente a la prueba científica) – existiría en estos casos un riesgo inherente de sobrevaloración probatoria (*overweighting*), tanto en la dimensión epistémica como en la semántica³⁵. Por lo tanto, excluir la admisibilidad de las pruebas carentes de fiabilidad, como forma de prohibir su valoración (Miranda Estrampes, 2004, p. 101-102), consiste, pues, en la forma más segura de impedir la sobrevaloración, con todas las consecuencias indeseables que esto puede traer para la toma de decisión sobre los hechos en el proceso.

ni indirectamente sobre los hechos del caso, sino sobre otras pruebas, y son esenciales en muchos casos para una correcta valoración individual de la prueba, en aras a determinar el grado de fiabilidad que ofrece”.

³⁵ En la lección de la Profesora Catedrática de la Universidad de Castilla la Mancha (2013, p. 182), “La sobrevaloración de la prueba científica se da en una doble vía. Por un lado, sus resultados se aceptan como infalibles. Pero por otro, y sobre todo, se considera que esos resultados dicen cosas distintas de las que en realidad dicen. La primera es, pues, una sobrevaloración epistemológica. La segunda es – por así decirlo – una sobrevaloración semántica”.

Explica Prado (2019, p. 95), con una cita expresa de la doctrina de Juan Carlos Urazán Bautista (2005), “la autenticidad del elemento [probatorio] constituye seguridad para la administración de justicia”, fundamentándose la exigencia de la preservación de la cadena de custodia en el “principio universal de ‘autenticidad de la prueba’, definido como ‘ley de mismidad’, esto es, el principio por el cual se determina que ‘el «mismo» que se encontró en la escena [del crimen] es ‘el «mismo» que se está utilizando para tomar la decisión judicial”’.

De hecho, el razonamiento desarrollado por el autor va en la dirección de permitir la valoración de un elemento de prueba que no se sabe si es el mismo que está relacionado con el delito o incluso de un elemento que haya sufrido algún tipo de deterioro o contaminación (aunque involuntariamente) sería una elección demasiado arriesgada, dado el peligro de que este elemento sea sobrevalorado o incluso en función de las dificultades de control en cuanto al valor probatorio conferido por el juez a aquel dato.

Para ejemplificar, cabría preguntarse: ¿Qué valor podría atribuirse, por hipótesis, a una prueba pericial – metodológicamente, muy bien realizada – de un arma que no se sabe si es la misma que fuera encontrada en la escena del crimen? ¿Qué valor probatorio se le podría conferir al examen de una muestra de ADN, por grande que sea la *likelihood ratio* que este tipo de prueba puede tener, cuando existe duda sobre la posibilidad de intercambio o contaminación de la muestra examinada? De hecho, en todos estos ejemplos habría un enorme riesgo de que, por deferencia al perito (Vázquez, 2015, p. 81) o incluso por la propia aura de infalibilidad que conduce a una cierta beatificación de este tipo de pruebas (Gascón Abellán, 2013, p. 182), el resultado de la prueba sea altamente considerado en el razonamiento probatorio desarrollado por el juez, aunque esta información pueda conducir a un juicio totalmente erróneo sobre los hechos.

Por lo tanto, sería aún más recomendable que no se permitiese la entrada en el proceso de este elemento de prueba sobre el cual recaigan problemas de fiabilidad, obstando que llegue a la etapa de valoración. Por tanto, los jueces deberían entonces cumplir, a raíz de lo que enseñan Gascón Abellán (2013, p. 191) y Michele Taruffo (2013, p. 204), el rol de *gatekeeper* (expresión que fue acuñada por el *Justice* Blackmun, en el momento del juicio del caso *Daubert v. Merrell Dow*, en 1993, por la Suprema Corte

de los Estados Unidos), procediendo a un riguroso control de admisibilidad de las pruebas, para no permitir el ingreso al proceso de pruebas que no cuenten con la necesaria certificación de su fiabilidad, como sucede con las pruebas producidas con ruptura de la cadena de custodia.

Todo ello, evidentemente, atraviesa un cambio en cuanto al comportamiento normalmente adoptado en relación a las pruebas aportadas a los procesos judiciales (muchas veces, partiendo de una credulidad exagerada), en el sentido de asumir una postura de cierto escepticismo epistémico. Este escepticismo implica la adopción de actitudes guiadas por lo que Prado (2019, p. 95), con apoyo en las lecciones de Baytelmann y Duce (2004, p. 135), denomina de lógica de la desconfianza, sintetizada por los citados profesores chilenos con la siguiente afirmación: “Nadie tiene que creer que esto es lo que la parte dijo que es, simplemente porque lo afirma”. Es decir: toda y cada una de las alegaciones sobre un hecho jurídicamente relevante debe ser corroboradas con pruebas que atestigüen su origen y fidelidad.

Por lo tanto, debe concluirse que no hay lugar, en el proceso judicial, para conceder a ninguna de las partes confianzas preconcebidas (Baytelman & Duce, 2004, p. 135). Esto es precisamente lo que explican Baytelman y Duce (2004, p. 135): “*En principio, en el juicio oral no hay confianzas preconcebidas, de manera que, si el fiscal pretende que este cuchillo ensangrentado que trae al juicio es el arma hallada en el sitio del suceso, tiene que presentar información sobre eso más allá de su propia palabra*”.

Los profesores chilenos (2004, p. 135-136) también señalan que la lógica de la desconfianza se justifica por dos razones principales: i) estos elementos probatorios se producen sin intermediación, es decir, el juez no estaba presente en el momento de la formación de la prueba ; y ii) ninguna de estas pruebas fue sometida al contradictorio al momento de su producción, por lo que, en estos casos, la contradicción operará no solo en relación al contenido de la prueba (cuando entra en el proceso) sino también en lo que concierne a su autenticidad, a partir de la comprobación de la cadena de custodia.

En palabras de Prado (2019, p. 97), por lo tanto, “los principios de la ‘mismidad’ y de ‘desconfianza’ son fundamentales para garantizar el juicio a través de la reducción de los riesgos de error judicial, consistente en el fundamento lógico y epistemológico de la ‘cadena custodia de las pruebas’”. Y, aún con apoyo en la doctrina de Baytelmann y Duce, Prado (2015a, p.

61) agrega que “la principal consecuencia de la lógica de la desconfianza consiste ‘ en la exigencia de que objetos y documentos deban en general ser ‘acreditados’, esto es, que sean sometidos a un procedimiento que demuestre que tales objetos son lo que la parte alega ser”.

Concluye Prado (2019, p. 124) que la imposibilidad de acreditación de estos elementos probatorios, dada la imposibilidad de atribuirles suficiente fiabilidad, deberá reservarles el mismo tratamiento que para las pruebas ilícitas, con la consecuente inadmisibilidad de la prueba. En su visión, por lo tanto, no sería adecuado y suficiente abordar la cuestión de la ruptura de la cadena de custodia mediante el régimen propio de las nulidades procesales, siendo necesario ir más allá, para situar la cuestión en el terreno de la ilicitud probatoria. Es que, para el autor (2019, p. 125-126), “las nulidades constituyen técnicas destructivas con efectos de mucha menor intensidad que aquellas que resultan de la inadmisibilidad jurídica de un determinado acto, que es el régimen jurídico de las pruebas ilícitas según nuestra Constitución”.

Como señala Prado (2019, p. 126-127), “la posibilidad de que los actos nulos sean subsanados debilita la función normativa de protección que es la esencia del proceso penal”, por lo que “en el ámbito de las prohibiciones de la prueba, marcadas por valor superior de la dignidad de la persona humana, la tendencia de los ordenamientos jurídicos es la de no conformarse con el régimen de las nulidades”. Así, según el autor (2019, p. 126), los casos de falta de fiabilidad por ruptura de la cadena de custodia reclamarían tratamiento “más estricto de la ‘admisibilidad / inadmisibilidad’, que prohíbe la valoración de la prueba no fiable y exige su exclusión del proceso, tal como se dispuso expresamente en la reforma procesal de 2008, que modificó el art. 157 del CPP brasileiro.

Lo que se desprende de la posición de Prado (2019, p. 128), en este punto, es que la ruptura de la cadena de custodia acarrea la imposibilidad de ejercicio efectivo del contradictorio (notablemente en el plano de uno de los aspectos de su dimensión epistémica, que comprende el derecho de rastrear las fuentes de prueba y proponer pruebas sobre pruebas, que impugnen la fiabilidad de las pruebas ofrecidas por la otra parte³⁶), que

³⁶ Según Ferrer Beltrán (2007, p. 87/88), “el principio de contradicción opera permitiendo cuatro tipos de controles probatorios: 1) un control sobre la correcta aplicación de las reglas

actúa como “condición de validez constitucional del acto” que da lugar a la ilicitud del elemento probatorio en cuestión.

Además de todos estos aspectos que ya justificarían, a juicio del autor, que la ruptura de la cadena de custodia reclamara la misma disciplina jurídica que la ilicitud probatoria, Prado destaca un punto adicional. Apoyado principalmente en la lección de Antonio Magalhães Gomes Filho (2003, p. 93-95), el autor llama la atención sobre el hecho de que la gran diferencia entre abordar la cuestión en el campo de la admisibilidad o de la valoración residirá en el momento en que llevará a cabo el pronunciamiento judicial con respecto a la cuestión, con todas las consecuencias procesales que de ello se deriven. Como bien dice Prado (2019, p. 127), “la admisibilidad requiere un examen *previo*, anticipado, de la cuestión porque mientras el acto produce sus efectos perdura la lesión de los derechos fundamentales de alguien”.

El profesor carioca tiene toda la razón, pues si la cuestión atinente a la falta de fiabilidad de la prueba (por la ruptura de la cadena de custodia) fuese resuelta en el momento de la valoración, esto significa, en la práctica, que solo habrá un pronunciamiento judicial al respecto al final del todo el procedimiento, en el momento de la sentencia. Si, por el contrario, la cuestión fuese examinada en términos de admisibilidad, deberá haber una decisión judicial inmediatamente posterior al momento de la alegación del vicio que compromete la fiabilidad de la prueba o incluso en la etapa de admisibilidad de la acusación (compatible con la *etapa intermedia*, prevista en varios de los Códigos reformados de América Latina, o en la etapa de *pre-trial*, del sistema estadounidense) – lo que ocurra primero³⁷.

epistemológicas y jurídicas sobre la admisión de la prueba (i.e., el principio de admisión de toda prueba relevante y las excepciones establecidas por reglas de exclusión jurídicas); 2) la práctica de la prueba de forma contradictoria, esto es, permitiendo la intervención de las partes en la misma; 3) la posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal, de modo que permita vencer a éstas y/o corroborar una hipótesis fáctica distinta e incompatible; 4) la posibilidad de proponer pruebas de segundo orden (o pruebas sobre la prueba) que impugnen la fiabilidad de pruebas ofrecidas por la otra parte”.

³⁷ Y esto, a nuestro juicio, no constituiría una hipótesis de paternalismo epistémico indeseable (Vázquez, 2015, p. 140-142). En primer lugar, no se trata de un intento de proteger a los jueces (o jurados) de sí mismos (Vázquez, 2015, p. 141), sobre todo porque, no son los jueces quienes sufren las consecuencias adversas de un posible error judicial, proporcionado

Sin embargo, existen muchas ventajas en tomar una decisión, en la etapa de admisibilidad probatoria, sobre el ingreso o salida de un elemento probatorio a un expediente. La más relevante de ellas se refiere a todo lo que esto representará en cuanto al ejercicio más denso del derecho de defensa: en este caso, la defensa podrá debatir el asunto de manera aislada, en un debate dedicado exclusivamente a este tema, sin preocuparse de enfrentar el al mismo tiempo, todos los demás *quaestio facti* y *quaestio juris* involucradas en el caso. Además, la eventual decisión por la remoción del elemento de prueba podrá dar paso incluso a la no iniciación o aún a la inviabilidad de continuar el proceso, siempre que no hubiera otros elementos de prueba que puedan sustentar la justa causa necesaria para el ejercicio del derecho de acción, o incluso cuando se reconoce que los demás elementos de prueba obtenidos fueron derivaron (por causalidad naturalística o normativa – Prado, 2019, p. 130) de aquella prueba considerada ilícita, en virtud de su falta de fiabilidad.

Hay más: la anticipación de la discusión sobre la admisibilidad de una determinada prueba podrá ser ventajosa incluso si se consideran los intereses de la acusación. Es que la depuración del elemento probatorio cuya fiabilidad esté comprometida favorece la posibilidad de abrir otras líneas de investigación y recolección de otros elementos de prueba (obtenidos de fuentes independientes) que no estén afectados/contaminados por los vicios de la prueba comprometida, posibilitando la continuación de la persecución penal, con menor pérdida de tiempo y mayor probabilidad de la punibilidad no se vea aniquilada por la prescripción.

A todo esto, claro, necesita adicionarse la observación de que mantener en el proceso elementos probatorios con escasa o nula fiabilidad aumenta los riesgos de errores judiciales, incluido el riesgo de condenaciones erróneas. Y, sin embargo, la lucha por la reducción de estos errores judiciales

por una equivocada valoración de una prueba no fiable, sino aquellos ciudadanos que sean destinatarios de la protección conferida por derechos fundamentales como la presunción de inocencia, contradictorio, de defensa amplia, etc. Y, considerando la posición de estos ciudadanos y la posición preferente de los derechos fundamentales, no vemos como inapropiada una mayor cautela epistémica en la evaluación de qué pruebas podrán integrar el acervo de informaciones a ser considerado en el razonamiento judicial. Por todas estas razones, resolver la cuestión en la etapa de admisibilidad estaría plenamente justificado.

debe ser también una lucha de los órganos encargados de la persecución³⁸ (a quien no debe interesar la condenación de cualquier persona, sino solo de aquellos culpables del delito investigado), tanto por la necesidad de preservación de la legitimidad del sistema de justicia, así como por el propio objetivo de realización de la función motivadora de la norma penal (Ferrer Beltrán, 2007, p. 29-30), para quien considera esto como uno de los fines atribuidos al derecho penal.

Por otro lado, mantener el elemento de prueba cuestionado en el proceso y abordar el problema de la fiabilidad solo en el momento de la valoración trae serias desventajas, aun cuando se haga la reserva de que, en estos casos, el juez debería actuar “con un doble cuidado y mucho mayor esfuerzo justificativo” (Badaró, 2017, p. 534-536). En primer lugar, no es difícil intuir que, mientras esta prueba permanezca en el expediente, termine sirviendo como elemento de justificación de todas las decisiones adoptadas en las diversas etapas del procedimiento – admisibilidad de la acusación, decreto de medidas cautelares reales o personales (Armenta Deu, 2014, pág.129), autorización de medidas investigativas intrusivas, etc. – sin que la parte perjudicada por dicha decisión pueda obtener un debido pronunciamiento judicial sobre su impugnación, basado en la falta de fiabilidad de la prueba.

Además, dejar la cuestión para ser examinada en el momento de la sentencia, en el plano de la valoración probatoria, dificulta bastante las posibilidades de impugnación de esta decisión. Es decir: si la parte considera que el juez atribuyó algún valor probatorio a un elemento probatorio que no merecía ninguna credibilidad o incluso que el valor fue mayor de lo que era justificable para la especie, su inconformidad tendrá que ser formulada, junto con otros tantos temas (que pueden ir desde discusiones sobre la inobservancia de las normas de competencia hasta el uso indebido de los criterios para la aplicación de la sanción penal), en un recurso de

³⁸ Un buen ejemplo de esto puede observarse con el fenómeno del surgimiento de programas internos de integridad en las oficinas del Ministerio Público norteamericano. Se denominan Conviction Integrity Units (CIU), que actúan como comités para la prevención, identificación y corrección de errores judiciales, para lo cual examinan y evalúan casos de posibles condenas erróneas y mal desempeño por parte de los fiscales (Melo, 2014; Moreira, 2014).

apelación, con límites cognitivos que no contribuyen a un examen más pormenorizado del tema.

Además de todo esto, aún habría que considerar, adoptando la noción de proceso como dispositivo – compuesto, como señala Prado (2019, p. 37), de elementos ‘discursivos’ y ‘no discursivos’ –, que la opción de dejar todo para ser resuelto por el juez en la sentencia, además de evidenciar los síntomas de la creencia de que los jueces son sujetos dotados de “superpoderes epistémicos” (Prado, 2019, p. 27) y de la ya mencionada sobreestimación del libre convencimiento (Prado, 2019, p. 37), también es indeseable porque aumenta potencialmente el riesgo moral (Morais da Rosa & Vieira, 2020) de una decisión que pueda contradecir las expectativas sociales. En la misma línea – y aún en el campo de los elementos ‘no discursivos’ –, será también mayor el riesgo de que, una vez dictada la sentencia (en la que haya sido utilizada determinada prueba no fiable), tal evento sea visto como un ‘hecho consumado’, dificultando su reforma o anulación³⁹.

No obstante, como ya se señaló, el libro de Prado fue escrito en un momento en que el ordenamiento jurídico brasilero aún no disponía “de una regla específica sobre la cadena de custodia de las pruebas y la consecuencia de su violación” (2019, p. 128), la conclusión del autor se dirige a que la contaminación generada por la ruptura de la cadena de custodia ya tendría su referencia legal en el art. 157 del CPP, que reproduce el mandato constitucional (art. 5, LVI, de la Constitución Federal brasilera) que aboga por la inadmisibilidad, en el proceso, de la prueba obtenida por medios ilícitos.

Ésta, dicho sea de paso, fue la posición sustentada por el autor en el dictamen que dio origen al libro de 2014 y que se mantuvo en la obra de 2019. Y en apoyo a su posición, es importante decir que la Sección Sexta del Superior Tribunal de Justicia brasilero, en 2014, en el juzgamiento del Habeas Corpus nº 160662/RJ, refiriéndose expresamente al dictamen de Prado en la Sentencia, aceptó la tesis de ilicitud⁴⁰ probatoria en un caso

³⁹ Prado (2019, p. 37) llama la atención sobre el hecho de como “los bajos índices de revisión de las condenas basadas en la aplicación de nuevas técnicas – como por ejemplo el examen de ADN” denuncian “el predominio de los elementos no discursivos en el ámbito procesal penal.

⁴⁰ La única reserva sobre el tema fue hecha en el voto del Ministro Rogério Schietti, quien, si bien acompañó a la Ponente, registró su disenso en relación al hecho de considerar que la hipótesis sería de ilegitimidad de la prueba y no de ilicitud, dado que, a su juicio y

en el que se consideró quebrada la cadena de custodia o resguardo de la prueba proveniente de interceptaciones telefónicas y telemáticas, habiendo la Ministra relatora hecho constar, expresamente en su voto, que “la prueba obtenida mediante interceptación telemática debe ser considerada ilícita, debido a la pérdida de su unidad, o, en palabras del dictamen de Geraldo Prado, la ‘pérdida de la cadena de custodia de la prueba’, que caracteriza el cercenamiento del derecho de defensa”⁴¹.

La decisión fue aún más lejos y, acogiendo la argumentación de que la ilicitud de aquellos elementos de prueba cuya integridad estaba comprometida se extendía, por nexo de antijuridicidad, a otras pruebas que integraban el acervo probatorio del caso, la Corte ordenó el envío del expediente a la primera instancia, para que el tribunal de primer grado examinara a qué otros elementos de prueba debería declararse la ilicitud derivada.

Como ya destacó en otro momento (Vieira, 2020, p. 31), aunque la reciente reforma legislativa impulsada por la Ley 13.964/2019 haya introducido en el Código procesal penal brasilero una serie de disposiciones regulando el régimen de preservación de la cadena de custodia de las pruebas, el legislador guardó silencio sobre las consecuencias procesales aplicables cuando existiesen situaciones en que quedara caracterizada la ruptura de la cadena de custodia de la prueba. No obstante tal silencio es, de hecho, lamentable, pues hubiera sido mucho más apropiado que el legislador hubiera abordado explícitamente el tema, lo cierto es que esto no modifica, en este sentido, el contexto en el que Prado desarrolló sus ideas, sosteniendo que el tratamiento reservado a los casos de ruptura de la

fundado en la doctrina clásica de Pietro Nuvolone, la afrenta se habría dado a una norma de derecho procesal o procedimental. Sin embargo, aunque la distinción entre pruebas ilícitas y pruebas ilegítimas continúe arraigada en la doctrina procesal penal brasilera y todavía forme parte de la tradición de la jurisprudencia de los tribunales, lo cierto es que, con la redacción dada por la Ley 11.690/08, al art. 157 del Código Procesal Penal (“Son inadmisibles, debiendo ser eliminadas, las pruebas ilícitas, así entendidas las obtenidas en violación de normas constitucionales o legales”), no debería haber más espacio para tal distinción, en la medida en que el legislador, al conceptualizar las pruebas ilícitas, hizo referencia a las situaciones de obtención con violación a normas constitucionales y legales, sin excepción de ninguna naturaleza.

⁴¹ Brasil, STJ, HC 160.662, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sección Sexta, DJE de 17/03/2014, p. 2.

cadena de custodia habría de ser el mismo destinado a las pruebas ilícitas, con su consiguiente inadmisibilidad.

En cierta medida, puede decirse incluso que la posición adoptada por Prado, aun cuando el Código no contenía disposiciones específicas sobre la preservación de la cadena de custodia de las pruebas, adquiere cierto refuerzo cuando el legislador reconoce la importancia del tema y comienza a abordar de manera expresa, dedicando varias disposiciones legales al tema.

Por otro lado, el cambio legislativo no siempre tiene la capacidad de promover la transformación cultural necesaria para que los sujetos intervinientes en la persecución penal comprendan la importancia de una actividad probatoria epistémicamente orientada, dotando el juicio sobre los hechos de la relevancia necesaria y actuando para que los elementos de la prueba considerados en el juicio estén dotados de licitud, integridad y fiabilidad. Para ello, será necesario un arduo trabajo de concientización de los actores y operadores del sistema de justicia, en la dirección de un cambio de comportamiento⁴² que favorezca la realización de juicios más justos y equitativos, basados en evidencias más confiables, con la consecuente reducción de los riesgos de decisiones erróneas e injustas.

6. Para concluir: algunas palabras sobre un incansable intelectual

La cadena de custodia de la prueba en el proceso penal es un libro-símbolo. Representa una sensible madurez intelectual de una vida dedicada a la consolidación de la democracia brasilera, de un autor que siempre estuvo atento a la historia de su país. Es una obra que significa la labor fina y creativa de Geraldo Prado, quien logró proponer un giro paradigmático en la

⁴² Buenos ejemplos del inicio de este cambio comportamental son la Resolución SEPM N° 755, dl 17 de septiembre de 2020, de la Policía Militar de Río de Janeiro (Río de Janeiro, 2020), que regula las instrucciones generales de los procedimientos arquetipos de la cadena de custodia de vestigios, dirigidos a determinar la actuación de los policías que asisten a eventos policiales en el Estado, y también la publicación, por parte del Ministerio de Justicia de Brasil, de un manual modelo de procedimiento operacional para pericias criminales, en las más diversas áreas de la pericia forense (Brasil, 2013).

doctrina y jurisprudencia brasileras, invitándolas a pensar en el límite que condensa las tensiones cotidianas del proceso penal: la prueba penal. El texto representa la reflexión de un autor que conoce los tormentos prácticos del proceso penal, pero que no se dejó absorber por los sinsentidos del sistema de justicia penal. Se revolucionó con selectas reflexiones filosóficas, siguiendo un camino que lo llevó a comprender el proceso penal también a través de la Historia de las Ideas y Cultura Jurídicas.

Geraldo Prado, incansable defensor de un proceso penal democrático, pasó por las carreras del Ministerio Público, Magistratura, jubilándose como vocal del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro. Formalizó su saber jurídico con los títulos de maestría (Universidad Gama Filho / RJ), doctorado (Universidad Gama Filho / RJ) y posdoctorado (Universidad de Coimbra).

Fue profesor de procesal penal de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ), donde fundó el grupo de investigación *As Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro*. Recientemente (septiembre/2020), se retiró del cargo de profesor de la UFRJ. Solo del cargo, porque continúa difundiendo, con sus conferencias y dictámenes jurídicos, enseñanzas por todo Brasil y el mundo. Artífice de la palabra y del pensamiento que ilumina, se ha dedicado a consultorías jurídicas.

Es autor de artículos jurídicos fundamentales y obras relevantes para el establecimiento de una cultura constitucional en el proceso penal brasiler, con énfasis en los libros *Sistema Acusatório: a conformidade das leis processuais penais brasileiras* e *Elementos para uma análise crítica da Transação Penal*.

Dada la extensión de su intensa trayectoria académica, del vigor emprendido por años en el oficio judicial, se equivoca quien se atreva a pensar que de todo este cansancio saldría victorioso. Geraldo Prado se renueva constantemente, repensando el derecho procesal penal, cuestionándose sobre nuevas posibilidades para reducir la extrema desigualdad socio racial que atraviesa el proceso penal brasiler.

Vendrán otros artículos y libros, porque es en la escritura donde él excava los áridos suelos de la dogmática procesal penal, que, en cierto modo, todavía cuelga somnolienta en el sentido común. Es en la escritura que él hará que el Derecho Procesal Penal escuche algo real sobre la dignidad humana. Parafraseando a Ferreira Gullar, una parte de Prado “es permanente; otra parte se conoce de repente”.

Bibliografía

- Accatino, D. (2016). *La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales y su función como garantía*. Disponible e <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/articulo%20latina%20Alicante%20Daniela%20Accatino.pdf>. Último acceso 27/10/2020.
- Agamben, G. (2009). *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. (V. Nicastro Honesco Trad.). Chapecó, SC: Argos.
- _____. (2019). *Signatura Rerum: sobre o método (1ª ed.)*. (P. P. Andrea Santurbano, Trad.). São Paulo: Boitempo.
- Aguilera, E. (2020). Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito. En J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (eds.), *Del derecho al razonamiento probatorio* (pp. 17-43). Madrid: Marcial Pons.
- Andrés Ibáñez, P. (2007) *Los hechos en la sentencia penal*. Ciudad de México: Fontamara.
- Armenta Deu, T. (2014). *A prova ilícita. Um estudo comparado*. Madrid: Marcial Pons.
- Ávila, H. (2005). *Teoria dos princípios jurídicos. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. (12ª ed.). São Paulo: Malheiros.
- Badaró, G. H. (2017). A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. Em R. Sidi y A. Bezerra Lopes (eds.), *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal* (pp. 517-538). Belo Horizonte: D'Plácido.
- _____. (2019). *Epistemologia judiciária e prova penal*. San Pablo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais.
- Baytelman, A. y Duce, M. (2004). *Litigación penal y juicio oral*. Ecuador: Fondo Justicia y Sociedad (Fundación Esquel – USAID).
- Binder, A. (2004). La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, 1(1), 230-258.
- Cecconello, W. W., de Ávila, G. N., y Stein, L. M. (2018). A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 8(2), 1057-1073.
- Cecconello, W. W., y Stein, L. M. (2020). Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso

- reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188.
- Cunha Martins, R. (2012). O mapeamento processual da verdade. En G. Prado, R. Cunha Martins y L.G.G. Castanho de Carvalho (eds.), *Decisão judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia* (pp. 71-86). San Pablo: Marcial Pons.
- De Sousa Santos, B. y Paula, M. M. (2013). *Epistemologias do sul*. San Pablo: Cortez.
- Dei Vecchi, D. (2019). La no tan sana crítica racional. *En letra: Derecho Penal*, 5(9), 40-55.
- Duce, M. J. (2020). La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, (1), 103-131.
- Dussel, E. (2011). *Filosofía de la liberación*. Ciudad de México: Fondo de cultura económica.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- _____. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. Ciudad de México: Fontamara.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Foucault, M. (2018). *Microfísica do Poder*. (7ªed). Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Gallardo, E. (2020). El juez de garantía y el debido proceso en el estado democrático de derecho. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (Trincheira Democrática)*, 3(9).
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- _____. (2013). Prueba científica. Un mapa de retos. En C. Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica* (pp. 181-201). Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Inchausti, F. (1999). *El control de la fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho.
- González Lagier, D. (2019). *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra.
- González, M. R (2013). La cadena de custodia en el proceso penal español. *Diario La Ley*, (8187).

- Grinover, A. P. (2013). *O processo: III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica.
- Gomes Filho, A. M. (2013) *A motivação das decisões penais*. (2ª ed.). San Pablo: Revista dos Tribunais.
- Guarneri, J. (1952). *Las partes en el proceso penal*. (C. Bernaldo de Quirós, Trad.). Puebla: Editorial Científica Poblana.
- Haack, S. (2015). *Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito*. (A. de Godoy Vieira y N. Schneider, Trans.). San Leopoldo: Unisinos.
- Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (2017). *Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro. Contribuições do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) ao Projeto de Lei 8.045/2010*. Maio de 2017. Disponible en: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/20170601_ReformaCPPIBCCRIM.pdf>. Último acceso julio 2020.
- Lopes Jr, A. y Morais da Rosa, A. (2015). A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Último acceso 06/02/2020.
- Matida, J. (em prensa). Epistemologia Jurídica aplicada ao processo penal: reflexões sobre os poderes probatórios do julgador na realidade brasileira. En J. Correa de lima y R.R.R. Casara. (coords.), *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*.
- Matida, J. y Herdy, R. (2019). As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, 73, 133-155.
- Marrero, D. (2015). Lineamientos generales para una epistemología jurídica. En A. Páez (coord.), *Hechos, evidencias y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 15-36). Bogotá: Uniandes.
- Melo, J. O. (2014). Promotoria esconde provas e condenação é revertida. Disponible en: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/eua-criam-sistema-control-e-mp-evitar-condenacoes-erradas>>. Último acceso 13/06/2019.
- Miranda Estrampes, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. (2ª ed.). Barcelona: J. M. Bosch.
- Morais da Rosa, A. y Vieira, T. (2020). Como o risco moral é variável da decisão judicial de prisão cautelar. Disponible en: < <https://>

- canalcienciascriminais.com.br/como-o-risco-moral-e-variavel-da-decisao-judicial-de-prisao-cautelar/>. Último acceso 01/11/2020.
- Moreira, R. de A. (2014). A ética do promotor de justiça criminal nos Estados Unidos da América. *Jus Navigandi*, 19(4082). Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/31547>>. Último acceso 15 jun. 2019.
- Nicolitt, A. L. (2014). *A duração razoável do processo*. (2da ed.). San Pablo: Revista dos Tribunais.
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Páez, A. (2015). Introducción. La epistemología y el derecho. En A. Páez (coord.), *Hechos, evidencias y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 1-12). Bogotá: Uniandes.
- Prado, G. (2006). *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Lumen Juris.
- _____. (2013). O Processo Penal Brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações e permanências. *Revista da Emerj*, 18(67), 550-569.
- _____. (2014). *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons.
- _____. (2015a). *Parecer: Fiabilidade probatória e valoração da prova*. Rio de Janeiro.
- _____. (2015b). A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. En M.M.G. Valente, G. Prado, N.J. Giacomolli, y E.D. Silveira, *Prova penal: estado democrático de direito* (17-37). Florianópolis: Empório do Direito.
- _____. (2019). *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo. Marcial Pons.
- _____. (2019b). *La cadena de custodia de la prueba en el proceso penal*. Madrid. Marcial Pons.
- _____. (2019). Parecer: Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil como Assistente do Ministério Público no Marco do Processo Penal brasileiro. *Revista brasileira de ciências criminais*, 161, 333-364
- _____. [@geraldoprado]. (24/07/2020). *La versión en portugués del libro A cadeia de custódia das provas no processo penal está agotada. Estoy trabajando artesanalmente en la próxima edición, que incorporará el*

tratamiento legal conferido al tema por la Ley nº 13.964/2019, conocida como Paquete Anticrimen[...]”. Recuperado de https://www.instagram.com/p/CDB_Oieg3ip [N. de T.: la publicación de Instagram original se encuentra en idioma portugués].

Prado, G., Carvalho, L. G. G. C., y Martins, R. C. (2012). *Decisão Judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons.

Rio de Janeiro (2020). Secretaria de Estado da Polícia Militar. Resolução SEPM nº 755 de 17 de setembro de 2020. Dispõe sobre as instruções gerais de procedimentos padrão da cadeia de custódia de vestígios, acionamento do CCRIM e solicitações de perícias (IG-001/2020) na Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.

Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.

Secretaria Nacional de Segurança Pública (2013). *Procedimento operacional padrão: perícia criminal*. Brasília: Ministério da Justiça.

Taruffo, M. (2013). La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. En C. Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica* (pp. 203-214). Madrid, Marcial Pons.

_____. (2016). *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. (V. de Paula Ramos, Trad.). San Pablo: Marcial Pons.

Tavares, J. (2019). *Teoria do Injusto Penal*. (4ta ed.). San Pablo: Tirant Lo Blanch.

Ubertis, G. (2020). Quaestio facti e Quaestio iuris. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, 67-74.

Urazán Bautista, J. C. (2005). *La cadena de custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Disponible en: <http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>. Último acceso: 15/10/2020.

Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.

Vieira, A. (2020). A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela lei 13.964/2019 (pacote anticrime). *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, 3(7), 27-32.

Zoukis, C. (2014). *Prosecutorial Misconduct: Taking the Justice Out of Criminal Justice*. Disponible en: <<https://www.prisonlegalnews.org/news/2014/nov/8/prosecutorial-misconduct-taking-justice-out-criminal-justice/>>. Consultado el: 16/06/2019.

Sección III

**BALANCE DE
UNA DISCUSIÓN**

Ignorancia deliberada, ignorancia no imputable y principio de legalidad

Willful Ignorance, Non-Imputable Ignorance and Principle of Legality

María Clara Gabella*

Recibido: 5/6/2020

Evaluado: 31/7/2020

Aceptado: 29/9/2020

Resumen: El texto es una reconstrucción del debate generado en el número XIII de la Revista Discusiones, en torno a la ignorancia deliberada o *willful ignorance* en derecho penal. En particular, se analizan las opiniones de las/os autoras/es acerca de la posibilidad de aplicar la teoría -de origen anglosajón- en sistemas jurídicos de tradición continental europeo y los reparos que efectúan ante la ausencia de disposiciones legales expresas que establezcan el modo en el que las conductas de quienes actúan con ignorancia deliberada o culpable debieran ser castigadas. Tales inquietudes, vinculadas al principio de legalidad, constituirán el punto a partir del cual se propone analizar aquellos casos a la luz de una disposición del Código Penal argentino. La misma regula los supuestos que excluyen de pena a un sujeto si, al momento del hecho, no hubiera podido comprender la criminalidad de su conducta por “ignorancia de hecho no imputable”.

Palabras clave: Ignorancia deliberada, principio de legalidad, ignorancia de hecho no imputable.

* Abogada. Especialista en Derecho Penal. Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina. Correo electrónico: mclaragabella@gmail.com. Quiero agradecer especialmente a Anna Ritcher y a Juan Andrés Cumiz, por haber leído un borrador de este trabajo. Sus comentarios, correcciones y aportes resultaron sumamente valiosos y, sin duda, este texto es mejor luego de haber incorporado –algunas de todas– aquellas ideas y sugerencias.

Abstract: This paper is a reconstruction of the debate generated in the XIII number of the Journal ‘Discusiones’ around willful ignorance in criminal law. It analyzes the authors’ opinions about the possibility of applying the Anglo-Saxon theory in legal systems of continental European tradition and the objections that are made in the absence of express legal provisions that establish how the conducts of those acting with willful or deliberate ignorance should be punished. Such concerns, linked to the principle of legality, will constitute the point from which it is proposed to analyze those cases considering a disposition of the argentinean criminal code. It regulates the assumptions that exclude a person from punishment if, at the time of the act, could not have understood the criminality of the conduct due to “non-imputable ignorance of fact”.

Keywords: Willful ignorance, principle of legality, non-imputable ignorance of fact.

1. Introducción

La teoría de la ignorancia deliberada estudia aquellos casos en los cuales una persona provoca su desconocimiento, o no realiza un esfuerzo por conocer, acerca de una determinada circunstancia y, de esa forma, procura una excusa con el objeto de eliminar o disminuir su responsabilidad en el resultado lesivo que provoca su conducta.¹

Generalmente se discute su aplicación cuando debe decidirse si corresponde aplicar un castigo, y en su caso de qué tipo, a quienes participan en el transporte de objetos relacionados con el blanqueo de capitales, el tráfico de armas o de drogas, en supuestos de delincuencia económica-empresarial, contaminación del medio ambiente, terrorismo, entre otros. En torno a esta figura en el ámbito del derecho penal suelen debatirse varias cuestiones. Entre otros temas, mientras algunos analizan, desde el terreno de la filosofía moral, la importancia que debe asignarse a las intenciones o motivos de una persona que actúa bajo ignorancia deliberada a fin de definir qué tipo de reproche debe aplicársele, otros parten de enfoques epistémicos

¹ Véase la noción de *willful ignorance* o *willful blindness* en (Husak y Callender, 1994, pp. 29-69).

acerca de la prueba de los estados mentales o actitudes proposicionales de la persona en relación a un determinado evento, tales como su aceptación, creencia o sospecha de la ocurrencia de un hecho específico en el mundo y cómo incide ello en el reproche moral y jurídico de su conducta. Incluso el debate acerca de si deben ser castigados los casos de ignorancia deliberada y a qué título, ha traído al centro de la escena la discusión sobre los fines y funciones de las normas de derecho penal. Y también, se han generado planteos relativos a la adecuación de la figura con el derecho positivo de aquellos países con sistemas jurídicos de tradición continental europea y su paralelismo con otras formas de atribuir responsabilidad subjetiva, reconocidas y aceptadas por la dogmática penal contemporánea.

Tales interesantes cuestiones, que indefectiblemente inciden unas en otras, fueron abordadas en el número XIII de la Revista Discusiones, a partir de un excelente trabajo de Ramón Ragués i Vallés titulado “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”, que mereció las agudas observaciones y comentarios de Alberto Puppo, Luis Greco, María Laura Manrique y Bernardo Feijoo Sánchez.

Aquí me propongo reconstruir de un modo muy sintético solo un aspecto del debate generado en virtud de las ideas desarrolladas en aquella edición, principalmente el referido a la necesidad de que exista una previsión expresa de la figura en el derecho positivo de los sistemas jurídicos en los cuales se pretenda aplicarla, a fin de no afectar el principio de legalidad. Este tema, probablemente el menos atractivo de todos los que se han planteado, constituye sin embargo un eje importante y central sobre el cual han de girar la mayoría de las elaboraciones de la dogmática penal.²

Luego, a partir de la reiterada inquietud de las/os autoras/es en torno a aquella cuestión, propongo analizar la teoría de la ignorancia deliberada a la luz de las normas previstas en el Código Penal argentino, en la disposi-

² Sobre este tema ver (Nino, 1989, p. 29), para quien la actitud de los juristas de otorgarle preeminencia a la ley como fuente del derecho, ha sido una actitud constante desde la codificación hasta nuestros días y constituye una característica distintiva de la labor dogmática. También ver (Navarro, Manrique y Peralta, 2010, p. 53) quienes concluyen en el trabajo citado que el desapego de la dogmática contemporánea de las decisiones del legislador tiene consecuencias importantes para la justificación de sus propuestas, en torno a la posibilidad de fundamentar su verdad y discrepar genuinamente acerca de ellas.

ción del artículo 34, inciso 1, donde establece expresamente que se excluye de pena a un sujeto si, al momento del hecho, no hubiera podido comprender la criminalidad de su conducta por “ignorancia de hecho no imputable”. Sostendré que, tomando en cuenta dicha mención expresa sobre la no punibilidad de la ignorancia de hecho no imputable, es plausible sostener que la ignorancia deliberada sí resulta punible en el sistema jurídico argentino, aunque quede pendiente definir el modo -dolo o culpa- en el que deba atribuirse la responsabilidad.

2. La ignorancia deliberada y la importancia de su regulación legal expresa

En el artículo que da inicio a la revista que comentamos, el profesor Ramón Ragués i Vallès (2013) desarrolla sus argumentos en favor de la doctrina de la ignorancia deliberada a partir de la exposición de ciertos ejemplos y casos resueltos por la jurisprudencia norteamericana y el Tribunal Supremo Español. Para el autor, todos los supuestos enunciados por él describen situaciones en las que una persona podía haber obtenido determinada información pero, por razones muy diversas, ha preferido no adquirirla y mantenerse en un estado de incertidumbre. Al efectuar la contrarréplica a las observaciones que formulan sus colegas académicos, Ragués precisa los casos de ignorancia deliberada a los que asigna verdadera importancia, esto es, aquellos en los que la persona decide no adquirir los conocimientos de una realidad que ni siquiera sospecha. Para ello explica que pueden darse –más frecuentemente de lo que uno cree- situaciones en las que se es consciente del potencial lesivo más o menos determinado de una conducta –u omisión- y se prefiere no hacer el esfuerzo necesario para precisar exactamente en qué consiste dicha lesividad y cuáles son las características cualitativas, cuantitativas o temporales del riesgo creado (Ragués i Vallés, 2013, pp. 139-166). Cuando el caso resulta de trascendencia jurídico penal, Ragués se pregunta cómo debe enfrentarse el derecho penal ante estas situaciones, en el marco de un sistema penal en el que la mayoría de los comportamientos penalmente prohibidos requiere por parte del sujeto el conocimiento de las características objetivas de su hecho. Más aún cuando

el conocimiento insuficiente o el error son causas de exención de responsabilidad, salvo los casos en los que expresamente se prevé el castigo de conductas realizadas sin dicho conocimiento, como sucede en los delitos imprudentes (Ragués i Vallés, 2013, p. 12).

En los sistemas continentales de influencia germánica –como la mayoría de los latinoamericanos o el español– supuestos como los descriptos, en los que una persona renuncia deliberadamente a conocer (o a conocer mejor) determinadas circunstancias de su conducta, suelen reconducirse a aquella modalidad de dolo denominada “dolo eventual” pues, pese a su renuncia a conocer, en tales casos el sujeto cuenta ya con un conocimiento básico suficiente para atribuirle tal forma de dolo. (Ragués i Vallés, 2013, p. 17)

Para el autor, el hecho de que la gran mayoría de los Códigos Penales no contenga una definición de dolo facilita que la jurisprudencia y la doctrina ajusten los contornos de esta figura según la respuesta punitiva que consideran adecuada para cada caso o grupo de casos. Sin embargo, el incluirlos bajo la figura del dolo eventual acarrea, según Ragués, dos grandes problemas: en primer lugar, la equiparación de las respuestas punitivas en cuanto a su gravedad, para casos muy distintos desde el punto de vista del grado de implicancia subjetiva del sujeto. En segundo término, no le convence la solución dada en casos de quien, de manera intencionada, hubiera evitado adquirir los conocimientos mínimos que requiere el dolo eventual, esto es, quien siquiera albergue una sospecha inicial. Esos son los supuestos que el autor denomina de *ignorancia deliberada stricto sensu*.

Ragués sostiene que, si bien el planteamiento mayoritario en el derecho continental considera que la falta de conocimiento de la concurrencia de un determinado comportamiento de los elementos de una figura delictiva impide considerar el hecho como doloso, circunstancia que lleva a la impunidad o, cuando la ley lo permita, a castigar la conducta a título de imprudencia, tal conclusión le parece insatisfactoria. Ello pues, no deja de resultarle extraño que quien hubiera evitado conocer esté en una situación de error o hubiera actuado de manera negligente. Para el autor, afirmar que en los ejemplos que cita concurre una situación de error o descuido no solo le resulta cuestionable respecto de las consecuencias jurídicas que

comporta tal afirmación, sino que parece oponerse al propio uso cotidiano del lenguaje. Y, por otra parte, afirma que existen razones de peso para sostener, partiendo del propio derecho positivo, que rige en derecho penal un principio según el cual nadie puede invocar en su descargo la concurrencia de un contexto de exoneración que él mismo ha contribuido a generar con el objeto de eludir la norma (Ragués i Vallés, 2013, p. 155). Por ello, la vía que le parece más adecuada pasa por buscar –según sus propias palabras– un *tratamiento específico para estas situaciones*, que conduce a preguntarse bajo qué condiciones ellas merecen ser tratadas como supuestos de dolo.

Alberto Puppó (2013), al comentar el artículo de Ragués i Vallés, inicia su exposición haciendo referencia a la producción legislativa en materia de dolo, tanto del Código Penal Italiano como del Español, destacando la observación que hace el autor en cuanto a que es más fácil dilatar la imputación subjetiva hasta incluir casos de ignorancia deliberada cuando los códigos penales nada dicen, o dicen muy poco, acerca del dolo.³ Aun así, señala Puppó, el principio de legalidad penal parece constituir un importante obstáculo que se opone a una dilatación de la noción de dolo y afirma que: “Es precisamente el principio de legalidad lo que probablemente justifica la hostilidad de la doctrina (legalista) continental respecto de la doctrina anglosajona de la *willful blindness*...” (Puppó, 2013, p. 41). Explica que, como es sabido, la legalidad penal, en el ámbito anglosajón, tiende a ser concebida de forma menos estricta que por la doctrina penal continental pero que, a pesar de ello, la teoría de la ignorancia deliberada se ha impuesto en algunas decisiones del Tribunal Supremo, no sin suscitar fuertes críticas por afectar el principio (legalista) de culpabilidad.

Luego señala que el concepto de dolo sirve para conectar ciertos hechos con ciertas consecuencias jurídicas y que la intuición general es que aquellas son más negativas cuando se trata de conductas dolosas que cuando son fruto de la imprudencia. Destaca que la distinción entre culpa y dolo depende de

³ Sin embargo, Puppó deja en claro que el Código Penal Italiano parece no formar parte de la gran mayoría de los Códigos de tradición continental, ya que “...parece no dejar mucho espacio para el planteamiento de la ignorancia deliberada como fuente de imputación equiparada al dolo. Este resultado parece derivar de la combinación de las disposiciones en materia de error y de elementos psicológicos del delito...”. Seguidamente analiza los artículos 42, 43 y 47 del Código Penal Italiano (Puppó, 2013, pp. 40-41).

lo que generalmente los sistemas penales suelen llamar el elemento subjetivo, moral o psicológico de la conducta y, en una primera observación acerca de los casos de ignorancia deliberada presentados por Ragués, Puppo deja claro que el elemento subjetivo en tales supuestos está estrechamente relacionado con un juicio de valor sobre la reprochabilidad moral de cierta conducta, entendiendo por esta algo más general que la mera conducta exterior, esto es, incluyendo el hecho de ignorar. Y ello da pie al autor para exponer que al ser relevantes las razones por las que una persona ignora determinada circunstancia, la reflexión sobre la ignorancia deliberada posee un carácter abiertamente moral, destacando a partir de un minucioso análisis su estructura epistémico-moral. Sus consideraciones, vinculadas al reproche moral del ignorante deliberado, en relación a las cuestiones –de hecho o de derecho– que pueden resultar ignoradas, serán retomadas más adelante en este trabajo.

Por su parte, Luis Greco (2013) efectúa observaciones similares en torno al principio de legalidad. Señala que buena parte de los casos de ignorancia deliberada son en verdad casos de dolo eventual y, por ello, en su opinión, la figura es prescindible. A su vez, luego de elaborar una crítica muy precisa a las razones que justificarían la mayor punición de estos supuestos y a la relevancia que se otorga a las motivaciones del autor para justificar la aplicación de pena a título de dolo, expuestas por Ragués, sostiene que es inaceptable equiparar al dolo los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto. Concluye el autor que la ignorancia deliberada en sentido estricto sólo puede ser considerada imprudencia.⁴

Si alguien viola su deber objetivo de cuidado/crea un riesgo jurídicamente desaprobado, por ejemplo realizando un adelantamiento peligroso y nada ocurre, el derecho no lo castiga por la tentativa,

⁴ Muy concretamente, Greco (2013, pp. 70-76) cuestiona la perspectiva comunicativa que defiende Ragués y sostiene que la razón por la cual el derecho prohíbe y castiga comportamientos no puede estar en lo que ellos comunican respecto de la vigencia de una norma y sí debe estar en el peligro que esos comportamientos representan para la subsistencia de un bien. Desde esa perspectiva, entiende el autor que queda clara la diferencia entre dolo e ignorancia deliberada. Asimismo separa las motivaciones de un lado y el dolo o la imprudencia por otro, afirmando que se encuentran en planos distintos. Por último, plantea una objeción dogmática vinculada a los casos de tentativa.

también por la imposibilidad de distinguir aquí entre tentativa culposa de homicidio, lesiones o daño. (Greco, 2013, p. 76)

De cualquier manera, plantea la existencia de barreras legales para el reconocimiento de una ignorancia deliberada equiparable al dolo. En ese sentido, entiende que Ragués no valoró en profundidad el texto de la ley, que tanto en España (art. 14.1 C.P.) como en Argentina (art. 34.1 C.P.) contienen –según el autor– una regla expresa sobre el error de tipo, que determina que el desconocimiento de elementos del tipo excluye el dolo.

Vislumbro pocas posibilidades de releer dispositivos que dispongan que el error sobre el elemento del tipo excluya el dolo en el sentido de que errores sobre los elementos del tipo justifiquen el dolo. La tesis de la ignorancia deliberada puede, como máximo, ser sustentada de lege ferenda, como propuesta de reforma legislativa. (Greco, 2013, p. 77)

Estas palabras de Greco llevan a pensar si efectivamente tuvo en mente la legislación argentina de la ignorancia de hecho como un supuesto que excluye la punición, más allá del error de tipo al que alude. Y si, en esas pocas posibilidades de releer los dispositivos de otra manera, valoró la referencia del artículo 34.1 del C.P. citado, en virtud de la cual, para excluir de responsabilidad al agente, la ignorancia –como también el error– no le debe ser imputable.

También en Discusiones XIII, María Laura Manrique (2013) comentó la postura de Ragués i Vallès, dedicando un importante apartado a la cuestión de la ignorancia deliberada y su regulación expresa en los códigos penales. Aunque, como en el caso de Greco, tampoco se refirió a la “ignorancia de hecho no imputable” incluida en la legislación argentina. Manrique considera inaceptable la propuesta de Ragués que, ante la falta de regulación legal expresa de la ignorancia deliberada en los códigos penales como forma de reproche, castiga a los supuestos que encuadran en ella asimilándolos a una conducta dolosa, antes que dejarlos impunes o con un castigo sensiblemente menor. Sostiene que el argumento de Ragués, al que denomina “tesis de la asimetría”, se basa en gran medida en el ámbito de libertad interpretativa que resulta del hecho de que no existen definiciones legales expresas que limiten el sentido de “dolo”, “imprudencia”, etc., y, por tanto, impongan una solución específica a los problemas de qué cuenta como dolo o imprudencia.

La tesis de la asimetría es explicada por Manrique como aquella en virtud de la cual, frente a definiciones legales expresas, los jueces no poseen libertad para apartarse de esos significados, pero en caso de que no existan definiciones, los jueces pueden desarrollar discrecionalmente propuestas interpretativas. En este último supuesto, la dogmática cumpliría un papel fundamental, suministrando argumentos específicos que limiten la arbitrariedad interpretativa (Manrique, 2013, p. 94). Sin embargo, para la autora, mientras la dogmática posee amplia libertad para desarrollar sus propuestas en el ámbito del conocimiento científico, los jueces no gozan de la misma libertad, dado que en virtud de compromisos derivados del imperio de la ley en el Estado de Derecho, ellos están vinculados por las decisiones del legislador. Los jueces tienen la obligación de justificar sus decisiones en esas normas existentes. Esta vinculación de los jueces y demás agentes que aplican el derecho exige fidelidad al modo o manera en que el legislador utilizó el lenguaje, y tiene contenido similar tanto en casos donde hay una definición legal de las palabras de la ley como en los casos donde esas definiciones no existen. En otras palabras –dice Manrique– a efectos de fundar sus decisiones en la ley, los jueces tienen que determinar en qué sentido el legislador efectivamente utilizó el término “dolo”, “imprudencia”, etc. (Manrique, 2013, p. 95-96; Navarro et al., 2010, p. 16).

Así, la autora se pregunta de qué manera se puede analizar el modo en que se usa un concepto como el de dolo en caso de que no exista una definición explícita. Y responde que, aun cuando no haya una respuesta concluyente, es posible señalar una manera paradigmática en la dogmática penal contemporánea. Pone como ejemplo que, para los autores que defienden la vinculación entre dolo y conocimiento, un indicio de que el legislador ha asumido esa conexión se encuentra en las razones que excluyen el dolo (Manrique, 2013, p. 97). Destaca que en el caso del código español o el argentino, en los que existe la figura del error, una consecuencia de lo que dijo el legislador es que si el agente posee una creencia equivocada o, incluso, no posee una creencia *x* en relación a cierto comportamiento, no se puede atribuir responsabilidad a título de dolo. Ello pues, según Manrique, si bien tal circunstancia no es una razón para afirmar que el dolo es solo conocimiento, sí es una razón para entender que el conocimiento forma parte del dolo. Por eso concluye que, aunque haya razones morales para reprochar de la forma

más grave los casos de ignorancia deliberada, los códigos penales que poseen la figura del error, aunque no hubieran definido al dolo, establecen un límite para el reproche de esas conductas. En ese marco, una dogmática penal que asuma el valor del principio de legalidad debería insistir en la necesidad de una reforma legislativa para castigar a la ignorancia deliberada con la misma severidad que el dolo (Manrique, 2013, pp. 97-98).

Como se puede apreciar, las afirmaciones de Manrique –en el mismo sentido que Greco– son precisas. Parecieran dejar poco margen a la discusión en torno a la previsión en el Código Penal argentino de una forma o modo de atribuir responsabilidad que pueda contemplar las figuras que usualmente encuadran en la ignorancia deliberada. Sin embargo, sus ideas no dejan de plantearme algunos interrogantes. Esto, porque parece plausible o razonable justificar la regulación de las situaciones de ignorancia deliberada a partir de una interpretación literal, o de acuerdo al uso común de las palabras (Guastini, 2014, p. 109), del texto del art. 34 inciso 1 del C.P., dado que en esa disposición se hace referencia expresamente a la ignorancia de hecho no imputable para eximir de responsabilidad. Por la extensión de este trabajo solo puedo limitarme a señalar esa posibilidad normativa a partir del texto legal citado, que sirve –al mismo tiempo– para destacar la importancia que poseen en los análisis de dogmática penal las regulaciones legales particulares de los sistemas jurídicos, sobre las que pueden o pretenden usarse las herramientas o propuestas conceptuales que se desarrollan. Claro, aún restaría para dar solución a esta propuesta determinar si esa ignorancia de hecho debe ser (no) imputable a título de dolo o culpa. Pero, de todas maneras, considero que puede ofrecerse una interpretación literal razonable que permita plausiblemente sortear algunas de las críticas relacionadas a posibles afectaciones o tensiones con el principio de legalidad y justificar la regulación a partir de ese texto tanto de situaciones de ignorancia atribuibles a título de dolo, dolo eventual o culpa.

Finalmente, en el número de la revista forma parte también de la discusión Bernardo Feijoo Sánchez (2013), quien desde su visión normativa del dolo expone una opinión crítica de la doctrina de la ignorancia deliberada.⁵

⁵ Feijoo Sánchez luego reafirma su postura en un artículo similar al comentado, en el que realiza un análisis pormenorizado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

Para el autor, la mayoría de los ejemplos propuestos por Ragués no presentarían problemas para ser calificados como dolo eventual. De hecho, más adelante en su exposición culmina por afirmarlo (Feijoo Sánchez, 2013, p. 122). La doctrina de la ceguera provocada o deliberada seguida por la jurisprudencia del Tribunal Superior Español intenta llegar –según el autor– a las mismas conclusiones, pero no trabajando sobre las exigencias del ordenamiento jurídico sobre lo que se debe conocer para responder de forma dolosa, sino cambiando el momento de la “intencionalidad”. Para el derecho penal sería lo mismo, desde esta perspectiva, el desconocimiento provocado que el conocimiento. Nuevamente, entre los inconvenientes que trae aparejados la importación de la doctrina anglosajona de la *willful blindness* en sistemas jurídicos de tradición continental, Feijoo Sánchez (2013) advierte que: “...se trata de una doctrina que castiga con la pena del delito doloso saltándose las exigencias legales para tal modalidad...” (p. 109). Caben ser destacadas aquí las vinculaciones señaladas por el autor entre las nociones de ignorancia, error e indiferencia -o desinterés-, en tanto en casos de imprudencia como de dolo el sujeto actúa con indiferencia, noción a la que también alude Ragués i Vallés en el artículo que comentamos. Asimismo, Feijoo Sánchez observa que tanto el error como la ignorancia son en alguna medida “déficits de conocimiento” (2013, p. 118). En un párrafo clarificador, en el que observa la asimilación de los casos de ignorancia a los de error, afirma:

El art. 14.1 CP dispensa obligatoriamente un trato más benigno a los que actúan con una errónea representación de los elementos del tipo, y ello con independencia de las valoraciones sobre las razones de tal error. El Código Penal español en el art. 14 sólo tiene en cuenta los motivos personales del error para distinguir entre injusto imprudente y ausencia de injusto. Sostener de lege lata que no existe un

Allí sostiene enfáticamente: “En mi opinión, las “trampas argumentativas” que oculta la “doctrina de la ceguera provocada” provienen, en gran medida, de la traducción al español de la expresión *willful blindness* como “ignorancia deliberada”. En realidad, si tenemos en cuenta que no se trata más que de ceguera provocada (ante los hechos) se pueden apreciar mejor los peligros de una importación sin matices de construcciones de otros sistemas jurídicos. No siempre que la ceguera es consciente o voluntaria dicho conocimiento o voluntad abarca a su vez el hecho típico o todo hecho típico que se realice...” (2015, p. 13)

error allí donde el sujeto no quería o no estaba interesado en saber y, por lo tanto, es responsable de su desconocimiento supone una normativización contra legem. Según el Derecho positivo español, error sobre los elementos del tipo y dolo son incompatibles, por lo que la equiparación sólo se puede hacer a través de una reforma legislativa expresa, pero no por vía judicial. (Feijoo Sánchez, 2013, p. 109)

Luego reitera que, aunque el Código Penal español no ofrece una definición de dolo, deja claro que todo error sobre la situación típica –vencible o invencible- lo excluye (2013, p. 123). En un artículo publicado con posterioridad, Feijoo Sánchez expone su opinión crítica sobre esta temática de modo más contundente aún:

Se estaría llegando de esta manera a una solución que el Código Penal sólo permite con causas de exclusión de la culpabilidad como el trastorno mental transitorio (art. 20.1º) o la intoxicación plena (art. 20.2º), de tal manera que el error no atenúe o exonere si “hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”, es decir, si el déficit de conocimiento es de su responsabilidad en la medida en la que deriva de una disposición jurídica intolerable o de falta de interés en cumplir las normas que implique indiferencia, desconsideración, desprecio o, incluso, hostilidad hacia las normas. Sin embargo, la propia existencia de este tipo de cláusulas referidas a la inimputabilidad en el art. 20 CP demuestra que esta no es una solución que contemple la ley en el ámbito de la regulación del error en el art. 14 CP. No hace falta insistir en que no puede ser asumible una aplicación analógica de ciertas cláusulas relativas a la inimputabilidad en contra del reo. (Feijoo Sánchez, 2015, p. 14)

Ragués, por su parte, discrepa con estas observaciones de Feijoo Sánchez, no solo porque cuestiona la legitimidad de realizar reducciones teleológicas en aquellos elementos que excluyen la responsabilidad, sino porque -a su entender- cabe discutir incluso que los casos de quienes buscan permanecer en el desconocimiento tengan cabida en el tenor literal de la expresión “error” (2013, pp. 163-164).

Considero que es aguda la observación de Ragués sobre las dificultades que se presentan para calificar como “error” a las situaciones de ignorancia deliberada, ya que no parece que se tratara de situaciones donde pueda alegarse algún tipo de equívoco sobre lo que el agente debía conocer. En el caso del sistema jurídico penal argentino, justamente, no se presenta esta dificultad que mencionan las/os autoras/es, ya que expresamente se hace mención a la ignorancia en la disposición del art. 34, inciso 1, del Código Penal.

De cualquier manera, para Ragués, superar los problemas que plantea el sistema de imputación subjetiva vigente es uno de los retos más apasionantes de la ciencia penal, tarea que no debería postergarse por el hecho de contar con ciertos obstáculos –más o menos intensos- en el texto de la regulación legal. Y concluye con una afirmación más que elocuente: “El objetivo de la ciencia penal debe ser adaptar la ley al criterio que se considera más justo sin renunciar a tal tarea por el hecho de que en un determinado momento y lugar el Derecho vigente parezca acoger una solución distinta” (Ragués i Vallès, 2013, p. 165).

3. La “ignorancia de hecho no punible” en el Código Penal argentino

Como queda expuesto, una de las críticas que con más fuerza se ha esbozado en orden a la incorporación del instituto de la ignorancia deliberada en los sistemas jurídicos penales vigentes de tradición continental y, lo que es más relevante aún, la posibilidad de su aplicación por parte de los jueces, tiene que ver con la falta de una regulación legal expresa de dichos supuestos en los códigos penales. Esto es, existe un fuerte recelo en la posibilidad de reprochar penalmente a quien ha actuado en un estado de ignorancia que le es atribuible, si es que las normas que integran un sistema jurídico determinado no tienen prevista legalmente esa posibilidad, pues ello implicaría transgredir el principio de legalidad penal.⁶ Sin embargo, el término

⁶ En Argentina no parecieran haber sido dictadas muchas sentencias en base a esta figura doctrinaria. Dada la organización federal del país y la competencia revisora que asumen los tribunales superiores de cada provincia, incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

“ignorancia”, en referencia a un estado mental del individuo en el momento en el que ejecuta una determinada conducta, y a diferencia de otros códigos penales, como el alemán o el español, ha sido expresamente reconocido en el Código Penal argentino, aunque en una fórmula que excluye la responsabilidad penal del sujeto que actúa bajo ese estado, si se dan ciertas circunstancias. Expresamente en el Código Penal argentino se establece que: “No son punibles: 1) El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por... error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto...” (Código Penal argentino, artículo 34 inciso 1).

A diferencia de este texto, en el Código Penal alemán,⁷ como en el español,⁸ no existe ninguna disposición en la que expresamente se aluda a

es infrecuente que sus precedentes versen sobre cuestiones de hecho y prueba, en torno a las cuales suele plantearse -en el ámbito judicial- la teoría de la ignorancia deliberada. Ello dificulta la búsqueda de jurisprudencia sobre esta temática. No obstante, de una consulta acotada a los años 2018 y 2019, efectuada en la base de datos de la página web del Centro de Información Judicial, que recopila la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros organismos jurisdiccionales federales y nacionales, surge que los tribunales en general son reacios a aplicar la teoría. Otros se valen de ella, afirmando que pese a la ignorancia aducida hubo conocimiento de la ilicitud de la conducta o infieren el dolo directo de otras circunstancias. Ver por ejemplo los fallos dictados por la Cámara Federal de Salta, Sala II, en “Aruquipa Calle, Eustaquia”, del 21/03/2018; la Cámara Federal de Salta, Sala I, en “Cosme Ramírez, Estefanía”, de fecha 7/05/2018; la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, en “Capaccioli, María Natalia”, del 17/04/19, entre otros.

⁷ El artículo 16 del Código Penal alemán dice de la siguiente manera: “...Error sobre las circunstancias del hecho. (1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta. (2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna”, mientras que el artículo 17 establece: “Error de prohibición. Si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si él no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1.”

⁸ El artículo 14 del Código Penal español dice así: “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.” Luego, en el artículo 20 del C.P.E. establece las causas que eximen de responsabilidad con la siguiente fórmula: “Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ili-

situaciones de ignorancia. Esto parece no dejar mucho camino libre para la aplicación de la doctrina de la ignorancia deliberada. De allí los reparos que autores como Feijoo Sánchez hacen al instituto del que ha echado mano la jurisprudencia de su país, que en el caso ha atribuido responsabilidad a título de dolo eventual. El Código Penal español no contempla la falta o ausencia de conocimiento. Solo regula los distintos tipos de error, es decir, el error sobre las circunstancias que constituyen la infracción penal y el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, los que –a su vez– pueden ser vencibles o invencibles.⁹ El caso del Código Penal alemán, todavía más claro, expresamente consagra que el desconocimiento de una circunstancia del tipo no es dolo y puede ser punible a título de culpa. Es decir, distingue entre “error” y “desconocimiento” y prevé consecuencias legales para el caso que se presenten uno u otro.¹⁰

Un aspecto que es importante no perder de vista es que el art. 34.1 del Código Penal argentino establece que no es punible el sujeto que al momento del hecho no haya podido *comprender* la criminalidad del acto por “ignorancia de hecho no imputable”. Es cierto que el texto de la ley no dice que no haya podido *conocer*, lo que sin dudas reflejaría mejor la cualidad definitoria de la ignorancia. Por el contrario, la ley establece que

itud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. 2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión...”

⁹ Ragués (2013) señala, al replicar los comentarios que se efectuaron a su artículo, que si se excluyen del concepto legal de error los casos de desconocimiento provocado no parece en modo alguno que se esté incurriendo en una vulneración del principio de legalidad, pues en el derecho penal español, en el artículo 14 del Código Penal, aparece la palabra “error” pero, a diferencia de lo que sucede en el Código alemán, brillan por su ausencia expresiones como “conocimiento” o “representación”.

¹⁰ Jakobs (1995, pp. 313-315) explica que la ley alemana da del dolo únicamente una definición parcial y negativa: a tenor del artículo 16.1, inciso 1, StGB, *si hay desconocimiento de la realización del tipo se excluye el dolo, sin que importe el motivo del desconocimiento, y el castigo sólo es relevante como imprudencia* (el destacado me pertenece).

no haya podido “comprender”. Sobre esta problemática, relativa a cómo suele emplearse en forma indistinta la palabra “conocer” y “comprender”, resulta interesante el comentario de Laura Manrique al artículo de Ragués, quien al exponer sus buenas razones para rechazar la equiparación entre ignorancia deliberada y dolo eventual, señala:

Por una parte, en los casos de dolo eventual el sujeto *sabe* exactamente aquello que hace –de hecho, él quiere hacer lo que está haciendo- pero *conoce* que es probable que su acción genere determinadas consecuencias dañinas que no desea. El agente actúa sin ningún *error de comprensión*...Por otra parte, en los casos de ignorancia deliberada el agente *no sabe* si está realizando determinada conducta porque carece de información relevante para *comprender* aquello que está haciendo. Aunque su ignorancia sea deliberada sigue siendo un caso de *desconocimiento*. (El destacado me pertenece). (Manrique, 2013, p. 82)

La regulación legal del error o la ignorancia de hecho no imputable fue incorporada en el proceso de sanción del Código Penal vigente, que data del año 1921, en el que se agregó la redacción del artículo 34 inciso 1, sin ningún tipo de debate al respecto.¹¹ Se trata de una disposición que ha permanecido incólume a lo largo de los años y ha sobrepasado con éxito las numerosas reformas legislativas del Código Penal.¹²

Los autores argentinos si bien, en general, han distinguido ambos supuestos de exclusión de la responsabilidad, reconociendo que el error alude a falso conocimiento y que la ignorancia implica la falta o ausencia de él, han

¹¹ Sobre el proceso legislativo de redacción del art. 34 inciso 1 del Código Penal, ver (De la Rúa, 1997), quien señala: “Así, huérfana de todo debate, la materia se omite en la sanción en Diputados. Sorpresivamente la norma actual aparece sin fundamentos por la segunda comisión de Senadores y, es aceptada, también sin fundamentos, por Diputados, manteniéndose sin cambios hasta la fecha.” (pp. 487-490). Soler (1992), por su parte, comenta que el texto del inciso fue tomado del Código ruso de 1903 por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, modificado luego por la Comisión del Senado, que cambió la frase “naturaleza y sentido de lo que hacía” por “la criminalidad del acto” (citado en la nota al pie de página 132).

¹² Vale mencionar que el Proyecto de reforma del Código Penal actual al momento de este trabajo, no modifica sustancialmente el artículo citado, quitando de la expresión solamente la

asignado poca o nula trascendencia a ésta última, designando a la materia, cuando la estudian, genéricamente como error. De hecho, un repaso por las obras más significativas de la dogmática penal argentina clásica pone de manifiesto la escasa importancia que se le ha dedicado a la ignorancia como ignorancia de los elementos que configuran el tipo penal.¹³

Para De la Rúa (1997, pp. 490-502) la falta de conocimiento implica, en última instancia, un conocimiento falso, pero aclara el autor que ello es así en la medida en que se atiende al contenido general del conocimiento del sujeto en un momento dado, ya que si se circunscribe, en cambio, al concreto saber en relación a los aspectos del hecho, la distinción es viable. Asimismo, señala que otra de las condiciones que debe reunir el error para eximir de culpabilidad es su calidad de “invencible”, “inculpable” o “inevitable”, equiparando todos estos términos y otorgándole el sentido de que el error o la ignorancia no deben provenir del dolo o la culpa del autor.

Sebastián Soler (1992) es categórico en su obra cuando afirma que: “La distinción entre ignorancia y error no es fundamental en el sentido de sus consecuencias jurídicas...” (p. 98). Luego distingue conceptualmente a la primera como “puro no saber” y al segundo como “saber mal”. Y, siendo en realidad difícil un caso de ignorancia pura, ya que casi siempre se dará -para el autor- la hipótesis del obrar equivocadamente, se ocupa de hablar con preferencia del error.¹⁴ No obstante, al explicar la doctrina del error de derecho penal y de derecho no penal, sí se refiere a la ignorancia, aunque adquiere relevancia nuevamente solo en orden a la ignorancia del derecho o de las circunstancias que hacen a la ilicitud de la conducta. Señala que la ignorancia del derecho penal no excusa y la ignorancia del derecho

palabra “de hecho”, pero manteniendo el término “ignorancia” como supuesto que excluye la punibilidad.

¹³ En cambio, si se le ha dedicado más estudio a la ignorancia como ignorancia de la antijuridicidad de la conducta. Vale recordar aquí que la fórmula del Código Penal argentino utiliza el término error e ignorancia sin especificar a qué tipo de error o ignorancia se refiere. Por ello en general la doctrina trata estas causas como excluyentes tanto de la tipicidad, como de la antijuridicidad y la culpabilidad.

¹⁴ En sentido similar, Núñez (1960, p. 94). Zaffaroni, Alaggia y Slockar (2005, p. 532) tampoco distinguen, entre las causas que excluyen la tipicidad, al error de la ignorancia, más que para definirlos.

no penal equivale a ignorancia de hecho.¹⁵ Sin embargo reconoce que esa doctrina, aplicada por los tribunales alemanes, plantea para los argentinos un problema difícil, por cuanto nuestra ley se refiere expresamente a la ignorancia de hecho (Soler, 1992, p. 107).

Vemos aquí que el significado asignado al texto desde una interpretación literal, o de acuerdo a los usos comunes del lenguaje, relacionado a circunstancias relativas a los *hechos*, que constituía un problema para los propósitos conceptuales de Soler, relativos a la ignorancia del derecho, es por el contrario una posibilidad de argumentar en favor de la aplicación del texto de esa disposición para regular situaciones en que se presente una situación de ignorancia deliberada o de *ignorancia de hecho imputable* (Guastini, 2014, p. 109).

Ahora bien, más allá de la poca atención dedicada a la “ignorancia de hecho no imputable” como supuesto que excluye de pena, resulta difícil imaginar que la dogmática penal clásica argentina hubiera tenido en mente, al analizar la disposición penal citada, casos como los que plantea Ragués i Vallès en su artículo. Sin embargo, ello no debe ser óbice para la elaboración de nuevas ideas y propuestas dogmáticas en torno a la atribución de responsabilidad en supuestos de ignorancia deliberada, teniendo en cuenta lo expresamente dispuesto en el derecho positivo argentino. Máxime si existe una disposición legal específica que hace referencia a un estado mental de desconocimiento o ignorancia del individuo al momento del hecho y de la cual los doctrinarios extraen los presupuestos para aplicar sus teorías del dolo.¹⁶ Tomando en cuenta dicha mención expresa sobre la no puni-

¹⁵ “Nadie puede decir, pues, que ignore la prohibición de circular moneda falsa, pero así como puede ignorar la falsedad de determinado billete (error de hecho), puede ignorar que una ley financiera ha sacado de la circulación determinado valor (ignorancia de derecho extrapenal) y esta última forma es exactamente ignorancia de hecho, porque es ignorancia de circunstancias que hacían a la calificación del hecho realizado.” (Soler, 1992, pp. 105-106)

¹⁶ Para Zaffaroni, Alaggia, Slockar (2005), quienes sostienen que el dolo es conocimiento y voluntad, no pareciera ser posible atribuir responsabilidad a título de dolo: “...Cuando el agente no sepa –por desconocimiento de alguno de esos elementos necesarios- qué es lo que hace, o quiera hacer algo diferente...” (p. 527). Estos autores extraen de la fórmula del art. 34, inc. 1 del C.P. que, en el nivel de la tipicidad, el dolo presupone en el autor conocimientos efectivos y actuales para un plan de realización de un tipo objetivo. Y afirman que el conocimiento que exige el dolo se distingue del que se exige para el resto del delito –en el que

bilidad de la ignorancia de hecho no imputable, entiendo que es plausible sostener que la ignorancia de hecho imputable, deliberada o provocada, sí resulta punible en el sistema jurídico argentino.

A la luz de casos como los que trae a estudio Ragués i Vallès en su obra, la dogmática penal argentina tiene frente a sí el desafío de analizar bajo qué supuestos sería punible una persona que actuó ignorando alguna circunstancia de hecho que le impidió conocer la criminalidad de su conducta, siempre que ese estado de ignorancia o desconocimiento le hubiera sido “imputable”; como así también qué implicancias tendría ello en nuestro sistema jurídico, en torno a la teoría de la *willful blindness*, derivada del derecho anglosajón.

Desde la dogmática penal clásica argentina, se ha negado que el error imputable sea el reverso del dolo. Soler abona la teoría de que el error, aunque sea imputable y siempre que sea esencial, destruye el dolo en todo caso. Sería para él una lamentable confusión afirmar que la responsabilidad por el hecho cometido por “error imputable” es idéntica a la del hecho cometido sin error alguno, pues todos los delitos por culpa quedarían reducidos a delitos dolosos, dado que en el fondo de casi todos ellos hay un error que con mayor diligencia se pudo evitar (Soler, 1992; Núñez, 1960). Pero, claro está, Soler no se ocupó de la “ignorancia de hecho imputable”. De cualquier manera, y contraponiendo la postura de Ragués, para quien la falta de una definición expresa de dolo habilitaría flexibilizar su aplicación a casos de ignorancia deliberada, para el dogmático argentino pareciera ser justamente esa ausencia de definición de dolo y culpa en el sistema legal argentino lo que impide aplicar el primero a casos de error imputable, es decir, en definitiva, extender o flexibilizar su utilización (Soler, 1992, p. 116).

En este sentido, traigo a colación la expresión de Ragués al concluir el artículo que inicia la discusión, en virtud de la cual considera que en ordenamientos como el argentino o el español no parece que existan problemas insalvables de legalidad para incluir estos supuestos en el concepto de dolo, ya que se trata de una expresión muy abierta, de carácter eminentemente técnico y de la que no existe definición legal. Y, si bien no es posible afirmar

aceptan la mera posibilidad de conocimiento- a partir de la fórmula legal que da base a su construcción (el fin de cometer un delito), es decir, el art. 42 del C.P. relativo a la tentativa.

que haya tenido en mente la referencia expresa a la “ignorancia” del artículo 34.1 del Código Penal argentino, aclara que conviene tener presente que la inclusión de semejantes casos en el concepto de dolo impedirá seguir definiendo esta figura a partir del conocimiento. Consecuencia que luce plausible si se tiene seriamente en cuenta aquella norma para describir qué conductas son penalmente relevantes para nuestro ordenamiento jurídico y qué parámetros deben ser valorados para reprocharlas, sea el reproche a título de dolo o de imprudencia.¹⁷

4. Ignorancia no imputable y motivos

¿Qué implica que la ignorancia no deba ser imputable para que opere la causal de exclusión de la punibilidad? Ragués i Vallès formula una pregunta similar: “...qué cabe entender por haber generado de manera imputable un contexto de exoneración con el objeto de eludir la norma...” (2013, p. 155); incluso utilizando la misma expresión lingüística -“imputable”- que emplea el texto argentino. Entiende que para equiparar los casos de ignorancia deliberada al dolo, en primer lugar, el sujeto debe haber obrado en la *sospecha* de estar llevando a cabo una acción u omisión potencialmente lesiva en el futuro para algún interés indeterminado; en segundo lugar, el sujeto debe haber obrado con una “especial motivación”, es decir, debe haber permanecido en la ignorancia con el *propósito de “construirse” una excusa* que lo exonere en el supuesto de acabar produciéndose tal lesión (Ragués i Vallés, 2013, p. 156). El autor asigna mayor contenido expresivo a la conducta de quien ignora deliberadamente que a la de quien actúa bajo

¹⁷ Pérez Barberá (2011) afirma que el derecho penal positivo argentino no constituye impedimento alguno para la explicación del dolo como un concepto estrictamente normativo, no equiparable con el de conocimiento. Pues para el autor, el Código Penal dice únicamente que no es punible quien actúa con error de hecho no imputable (art. 34, inc. 1º, C.P.). Y qué sea un “error de hecho no imputable” es algo que, en todo caso, sabremos no por lo que diga la ley o la naturaleza, sino por lo que determine el pertinente desarrollo dogmático de ese concepto legal, que en nuestro país no es forzoso que se elabore a partir del par psicológico “conocimiento/desconocimiento”. Desde su interesante propuesta teórica, Pérez Barberá dice que bien podría sostenerse que un error de hecho no imputable al autor sólo puede estar conformado por un desconocimiento no irracional del riesgo creado (2011, p. 51).

error, circunstancia que según él habilitaría a dispensar a las primeras un tratamiento punitivo similar al dolo eventual.¹⁸

Desde un punto de vista expresivo no solo cabe valorar el desconocimiento, sino los motivos que han llevado a él: no en vano, *un observador medio nunca diría que quien ha querido mantenerse en la ignorancia se encuentra en una situación de error*, máxime si partía de la sospecha inicial de que su comportamiento podía lesionar algún interés –ciertamente no concretado- colectivo o de otro sujeto (El destacado me pertenece). (Ragués i Vallés, 2013, p. 28)

En este punto, resulta interesante la discusión planteada por Puppò (2013). Para este autor debe distinguirse entre la “ignorancia de la ley o el derecho penal” y la “ignorancia de los elementos del tipo”;¹⁹ aunque de cualquier modo sospecha que, en el contexto real de la valoración penal de la ignorancia deliberada de los hechos que definen el tipo penal, los dos elementos son indisociables. Esta indisociabilidad depende, en su opinión, del elemento que –según Ragués- proporciona la justificación más plausible de la distinta respuesta penal para los delitos dolosos y los imprudentes, es decir, el mayor contenido expresivo de la conducta tradicionalmente dolosa, que el autor enuncia como una *crasa indiferencia hacia los valores protegidos por la norma penal* (Puppò, 2013; Ragués i Vallés, 2013; Luban, 1999).

El caso de crasa indiferencia puede traducirse por la ignorancia de la ley penal y por lo tanto por la ignorancia de los elementos del tipo penal, cuyo desconocimiento deliberado no puede ser relacionado con una actitud de zorro, porque, desconociendo el

¹⁸ Yaffe (2106) presenta una teoría para justificar el reproche penal en los casos de ignorancia deliberada, considerando la importancia de los estados mentales en la atribución de culpabilidad. Su teoría intenta explicar bajo qué circunstancias es correcto aplicar el principio de la ignorancia deliberada y equiparar el castigo al de los casos en los que se actúa con conocimiento y de forma intencional, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el desprecio que manifiesta el autor por los valores o intereses de terceros.

¹⁹ Para aproximarse a esta temática, vinculada a la ignorancia de las normas legales y morales, su relación con la ignorancia de los hechos y la ignorancia deliberada, desde una perspectiva de la filosofía moral, recomiendo la lectura de la obra de (Husak, 2016). También los artículos de (Yaffe, 2017) y (Zimmerman, 2017).

tipo penal, el sujeto no tiene la posibilidad de dirigir activamente su ignorancia. Si no conozco los hechos a los cuales el derecho penal imputa consecuencias penales, no puedo decidir ignorarlos para evitar tales consecuencias. Los casos de crasa indiferencia parecen difícilmente sancionables, a menos que, a partir de una distinción sustantiva entre (al menos) dos categorías de valores protegidos, se considere que un cierto tipo de crasa indiferencia, más allá de haber provocado la ignorancia de ciertos elementos del tipo penal, merece una sanción. (Puppo, 2013, pp. 60-61)

Y recordando la distinción kelseniana entre mala prohibita y mala in se a partir de ciertos ejemplos (Puppo, 2013, p. 60), concluye que el caso paradigmático de ignorancia deliberada culpable sería el de quien, a partir de un conocimiento detallado de la norma penal y mediando *exclusivamente* un propósito o motivo malvado, se esfuerza por ignorar todo lo que debe ser ignorado para evitar la aplicabilidad de la norma penal. Es decir, no cualquier caso de ignorancia resultaría punible. Al menos no uno que implique ignorar las consecuencias jurídico-penales de la conducta, sino que es preciso que el sujeto sepa que su desconocimiento sobre ciertos elementos de aquella -los necesarios para otorgarle relevancia jurídico-penal-, traerá aparejado un beneficio para él. Precisamente porque -en la idea de Puppo- conoce o sabe las posibles consecuencias legales que acarrea emprender la acción y, en esos casos, la reprochabilidad de la conducta podría ser hasta superior que en los casos de dolo tradicional. Sin embargo, para el autor, el elemento clave no será la prueba sobre los elementos cognitivos (la ignorancia) y teleológicos (el beneficio) en los que se centra el núcleo de la teoría de la ignorancia deliberada sostenida por Ragués, sino que, como en definitiva el reproche dependerá de los motivos que el autor tuvo para actuar, lo relevante será un juicio de valor moral sobre dichos motivos, que realizará el juez sobre el acusado. Distingue para ello entre la condena moral del *bad man* y la excusabilidad moral del ignorante buen samaritano.

Desde otra mirada, al comentar el artículo de Ragués, Manrique dedica un apartado a la relación de la ignorancia deliberada y los motivos, sosteniendo que coincide con el autor en cuanto a que los motivos son relevantes para la atribución de responsabilidad. En una publicación posterior, sos-

tiene –más categóricamente- que: “...para afirmar que hay ignorancia deliberada el agente debe haber tenido (y por tanto se debe probar) un motivo específico para mantenerse en la ignorancia...” (Manrique, 2016, p. 93). Sin embargo, considera que ello implica un desafío para las concepciones epistémicas del dolo, es decir, aquellas que reconducen la noción de dolo sólo al conocimiento e insisten en una figura depurada de elementos volitivos, tal como la que suscribe Ragués.²⁰ La autora también pregunta qué justificación podría invocarse para descartar los motivos y deja de lado la cuestión acerca de si existe una disposición jurídica específica que imponga o excluya la necesidad de tener en cuenta los motivos para la ignorancia deliberada. Pues, no obstante la existencia o no de ella, “...el Estado *debe probar* que la ignorancia fue deliberada y, por esa razón, podría generarse la ilusión de que la persecución penal no se desentiende de la prueba de los estados mentales...” (El destacado es de la autora) (Manrique, 2013, p. 93). Siguiendo el planteo de Luban, opina que los motivos son relevantes no solo para calificar la ignorancia sino también a la hora de establecer el grado de responsabilidad. Así, sostiene que no parece adecuado resolver el problema a ‘todo o nada’: *algunos* casos de ignorancia serán evidentemente similares a complejas acciones dolosas, mientras que *algunos otros* casos tendrán una indudable semejanza con la imprudencia (Manrique, 2013, p. 96; Luban, 1999, p. 969).

La relevancia que poseen las motivaciones de quien decide llevar a cabo una conducta contraria a la ley para definir los casos de ignorancia deliberada constituye una interesante perspectiva desde la cual analizar el texto de la ley argentina. Como ya se dijo, el art. 34, inciso 1° del Código Penal exige que, para eximir de pena a un individuo, la ignorancia no le debe haber sido imputable. Sin embargo, no especifica qué debe entenderse por “(no) imputable”. El término parecería referir tanto a un estado provocado por causas fortuitas, como al generado por conductas de terceros y también al provocado por el propio individuo. En este último supuesto, y siguiendo

²⁰ Al replicar la crítica de Manrique en el sentido de que su postura no tendría en cuenta las razones por las que actuó el sujeto, Ragués (2013, pp. 156-157) asegura haber salvado este reparo con la incorporación de aquella “especial motivación” que debe estar presente en el sujeto que ignora deliberadamente y que resulta un elemento adicional que debe ser probado en el proceso.

el razonamiento de las/os autoras/es, no veo impedimento para excluir del análisis a los motivos a los efectos de definir el reproche. Incluso su valoración deriva, en el sistema jurídico penal argentino, de otra disposición (artículo 41 C.P.) que dispone que, a los fines de fijar la condena, el juez *debe* valorar, entre otras cosas, la conducta precedente del sujeto y los motivos que lo llevaron a delinquir. Como sea, lo cierto es que la disposición del artículo 34.1 del C.P. ofrece un abanico de posibilidades interpretativas que, junto a otras normas jurídicas del sistema, permitiría definir los contornos de la figura de la ignorancia *imputable* y establecer qué tipo o grado de reproche correspondería aplicar en esos casos.

5. Conclusión

En el presente trabajo he procurado reconstruir las ideas desarrolladas en Discusiones XIII sobre ignorancia deliberada en el ámbito del derecho penal, en especial, aquellas que expresan una franca preocupación de las/os juristas en torno a la existencia de disposiciones legales expresas que justifiquen la aplicación de la figura en los sistemas jurídicos de tradición continental europea.

Tomando esa inquietud legítima, propia de la dogmática penal, he propuesto el análisis de los casos de ignorancia deliberada a la luz de una disposición legal del Código Penal argentino, que regula específicamente las propiedades que debe reunir la conducta de un individuo que actúa en un estado de ignorancia para merecer reproche penal. Vemos que, en general, la mayoría de los autores de dogmática han tomado la disposición del art. 34, inciso 1, del Código Penal argentino para avalar sus definiciones de dolo y han prestado una mayor atención al texto de la norma en cuanto se refiere al error no imputable como excluyente de aquél. Un ligero repaso por las obras de dogmática penal clásica argentina nos muestra que, pese a ser supuestos diferentes, no le han asignado a la ignorancia una función tan relevante como al error. Y si bien se ha estudiado la incidencia de ese estado mental cuando recae sobre la ilicitud de la conducta, poca o nula trascendencia le han brindado a la ignorancia cuando ésta se refiere a los elementos del tipo penal. Lejos han estado las elaboraciones de aquellos

dogmáticos argentinos que hemos citado en este trabajo de la figura de la *willful blindness* del derecho anglosajón o de la ignorancia deliberada que aplican los tribunales españoles y que defiende Ragués i Vallès.

Tampoco he hallado obras dogmáticas actuales en las que se haya intentado elaborar la posibilidad de justificar la regulación de esos supuestos de ignorancia deliberada a partir del texto del artículo 34.1 del C.P. sobre el que se puso atención en este trabajo. No obstante, más que un obstáculo, ello debiera constituir un desafío para las/os autoras/es contemporáneos en el desarrollo de nuevas propuestas interpretativas, en las que se tengan en cuenta nuevas modalidades delictivas y se tomen con seriedad las excusas que se brindan en el proceso. En esa tarea, entiendo que las/os autoras/es de dogmática no deberían perder de vista que en el derecho positivo argentino existe una regulación legal expresa de la ignorancia de hecho como estado mental que excluye el reproche penal, siempre que ese estado de ignorancia no sea imputable o atribuible.

Esta observación es fruto de una preocupación que he hecho explícita en estas páginas y que se vincula a la necesidad de que en los estudios de dogmática penal no se pierda de vista la relevancia de los textos de los ordenamientos jurídicos particulares en las propuestas que se realizan, en especial, por la importancia que tienen esos textos en la efectiva solución normativa que brindan los tribunales en los casos concretos.

El conjunto de interrogantes que se plantean alrededor de la norma legal sobre la que se ha hecho foco, respecto a qué debe entenderse por “ignorancia de hecho no imputable” y de qué manera debiera ser reprochada una conducta llevada a cabo en un estado de “ignorancia imputable”, merece un examen detenido y sistemático de aquella disposición por parte de quienes realizan estudios de dogmáticas de derecho penal.

Nino ha señalado que una función latente, extraordinariamente relevante de la dogmática, es la de adecuar las normas jurídicas a determinadas pautas que establecen soluciones valiosas. El dogmático cumple con la importante misión de ir adecuando el derecho legislado a las cambiantes circunstancias fácticas y a las variaciones en las preferencias sociales (Nino, 1989, pp. 33-34). El debate generado en Discusiones XIII es un excelente punto de partida para retomar las ideas plasmadas, apuntar las críticas y realizar un estudio actual, especialmente en el sistema jurídico argentino,

sobre las posibilidades de considerar regulados actualmente por el texto del artículo 34.1 del Código Penal los supuestos que se identifican como de ignorancia deliberada y, en ese caso, reflexionar acerca de las soluciones normativas que podrían extraerse justificadamente de esa disposición.

Bibliografía

- De la Rúa, J. (1997). *Código Penal Argentino. Parte General*. Bueno Aires, Argentina: Depalma.
- Feijoo Sánchez, B. (2013). Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal. *Discusiones*, 13, 101-138.
- Feijoo Sánchez, B. (2015). La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. Una peligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret*, 3(15).
- Greco, L. (2013). Comentario al artículo de Ramón Ragués. *Discusiones*, 13, 67-78.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y Argumentar*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Husak, D. y Callender, C. (1994). Wilful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. *Wisconsin Law Review*, 29, 29-69.
- Husak, D. (2016). *Ignorance of Law. A philosophical inquiry*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Manrique, M. L., Navarro, P., Peralta, J. M. (2010). *La relevancia de la dogmática penal*. Córdoba, Argentina: Publicaciones de la Universidad Blas Pascal.
- Manrique, M. L. (2013). ¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia. *Discusiones*, 13, 79-100.
- Manrique, M. L. (2016). Motivos para sospechar, deber de conocer e ignorancia deliberada. *Iter Criminis*, 87-104.

- Nino, C. S. (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Nuñez, R. (1960). *Derecho Penal argentino. Parte General* (2). Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Omeba.
- Pérez Barberá, G. (2011). *El dolo eventual*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Puppo, A. (2013). Comentario a Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal, de Ramón Ragués i Vallès. *Discusiones*, 13, 39-66.
- Ragués i Vallès, R. (2013). Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. *Discusiones*, 13, 11-38.
- Ragués i Vallès, R. (2013). A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva. *Discusiones*, 13, 139-166.
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino* (2). Buenos Aires, Argentina: Tea.
- Yaffe G. (2016). The Point of Mens Rea: The Case of Willful Ignorance. *Crim Law and Philos*. Doi: 10.1007/s11572-016-9408-3.
- Yaffe, G. (2017). Is Akrasia Necessary for Culpability? On Douglas Husak's Ignorance of Law. *Crim Law and Philos*. Doi:10.1007/s11572-017-9443-8.
- Zaffaroni, E., Alaggia, A. y Slokar, A. (2005). *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zimmerman, M. (2017). Recklessness, Willful Ignorance, and Exculpation. *Crim Law and Philos*. Doi: 10.1007/s11572-017-9424-y.

Instrucciones para autoras/es

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de comentarios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* está destinada a discutir críticamente tanto un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia, como cuestiones relativas al diseño institucional del Poder Judicial. La sección *Discusiones: Libros* albergará trabajos que discutan una idea central presente en un libro o conjunto de artículos considerados clásicos o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que hayan tenido lugar en esta revista o en otras sedes, intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director o la Secretaría de Redacción (fjarena@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

Discusiones: sección principal. El contenido de esta sección surgirá de la decisión del Consejo Editorial, por propuesta del Comité Científico o por una propuesta externa. Las propuestas para esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del/de la editor/a y los/las discutidores/ras. La propuesta será evaluada por el Consejo Editorial pidiendo parecer al Comité Científico. En caso de ser aceptada, el texto principal será remitido por la Secretaría de Redacción para su referato ciego por dos pares externos. Finalizado el proceso de evaluación, corresponderá al/a la editor/a

propuesto/a la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de las personas indicadas como comentaristas y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal. Los textos propuestos para esta sección no deberán exceder las 10.000 palabras y deberán respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Cortes. La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Flavia Carbonell (fcarbonell@derecho.uchile.cl) o Carolina Vergel (carolina.vergel@uexternado.edu.co) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar los siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría; (3) en su caso, archivo word o pdf de la/s sentencia/s analizada/s. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Libros. La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Janaina Matida (janainamatida@gmail.com) o Lorena Ramírez (lorena.ramirez@upf.edu) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y preciso sobre el libro objeto de discusión, no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Balance. La participación en la sección resultará mediante invitación del director, del editor o de la editora o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada al editor Diego Dei Vecchi (deivechidm@gmail.com) o a la editora Laura Manrique (laumanrique@hotmail.com) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar lo siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores de la revista o que se hayan llevado a cabo en otras publicaciones y deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Finalmente, el texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Instrucciones generales de escritura y citado

Todos los trabajos estarán redactados en español, con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12. A partir del segundo párrafo se utilizará sangría izquierda de 0,5 cm en la primera línea (el primer párrafo no lleva sangría). Se debe evitar el uso de tabulación, lista y viñetas.

El título principal, en español, estará redactado en negrita, con interlineado a espacio y medio, alineado a la derecha y en letra fuente Times New Roman 14. Debajo deberá incluirse, en *cursivas*, sin negritas y alineado a la derecha, el título en inglés.

Inmediatamente bajo el título principal de cada trabajo (alineado a la derecha), en letra fuente Times New Roman 12, las/os autores pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención

de su grado académico, de su pertenencia institucional (incluyendo ciudad y país) y de su correo electrónico.

A dos espacios (abajo) del nombre, se ubicará, en español y en inglés, el resumen, de no más de 150 palabras, y las palabras claves (entre 3 y 6). Deben redactarse en letra tamaño 10, interlineado sencillo y con sangría izquierda de 1 cm en todas las líneas. Primero se incluirá la versión en español y, a un espacio (abajo), se incluirá la versión en inglés.

A dos espacios (abajo) se ubicará el primer título. Los títulos y subtítulos estarán redactados en negrita y tamaño 14, dejando un espacio entre el (sub) título y el primer párrafo. La numeración de los títulos y subtítulos se hará en números arábigos. Ejemplo: 1. Mujeres al poder; 2.1. Feministas a la cabeza

Las citas textuales, de una extensión menor a tres renglones, se indicarán entre comillas voladas dobles y se usarán comillas voladas simples si la cita incluye comillas. Las citas textuales de una extensión mayor a tres renglones se deberán indicar en párrafo separado, sin comillas, con sangrías izquierda de 1 cm y en primera línea de 1 cm, y deberán estar redactadas en fuente Times New Roman 11, redondas, interlineado simple.

Referencias

Se realizarán siguiendo el sistema de la American Psychological Association (APA - 6th edition). Por lo que preferiblemente se incluirán en el cuerpo del texto y deben ir entre paréntesis, indicando el apellido de la autora o autor, la fecha de publicación y el número de página(s). Ejemplo: “Como se ha dicho, el derecho es doblemente indeterminado (Guastini, 2014, p. 55)”. Si se hace una mención general, se hará constar solamente el apellido de la autora o autor y el año de publicación de la obra. Ejemplo: “Este tema ya ha sido abordado otras veces (Bayón, 1994; Redondo, 1996)”. Las referencias bibliográficas se harán en notas a pie de página únicamente cuando sea inadecuado para el desarrollo del texto hacerlo en el cuerpo del texto. Ejemplo: “Véase, para una versión diferente de esta tesis (Celano,

2013, pp. 135-136)”. Los números que reenvían a las notas se ubicarán luego del signo de puntuación. Las notas al pie de página deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.

La bibliografía se incorporará al final del artículo, antecedida por el título “Bibliografía” en fuente Times New Roman 14, en negritas, y deberá contener exclusivamente las obras citadas (tanto en el cuerpo del texto como en las nota a pie de página). Las referencias, ordenadas alfabéticamente según el apellido del autor o autora, se harán de la siguiente manera (para más indicaciones consultar directamente las normas APA - 6th edition):

- Si se trata de un libro: Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B. (2013). What can Plans do for Legal Theory? En D. Canale y G. Tuzet (eds.), *The Planning Theory of Law* (pp. 129-152). London: Springer.
- Si se trata de un artículo en revista: Redondo, M. C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, 26(2), 294-324.
- Las obras de un mismo autor o autora se listarán en orden descendente por fecha de publicación y usando letras cuando haya más de una publicación para un año (2010, 2001, 1997a, 1997b, etcétera).
- La bibliografía estará redactada en letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 y llevará sangría izquierda de 0,5 cm a partir de la segunda línea (la primera línea no lleva sangría).

Lenguaje inclusivo

La revista *Discusiones* recomienda y valora positivamente el seguimiento de las siguientes reglas de lenguaje inclusivo:

- (i) Evitar el uso del masculino de manera genérica (*i. e.*, evitar “el refugiado” y usar, en cambio, “la persona refugiada”) y el uso de

- falsos genéricos (*i. e.*, evitar “los hombres” y usar, en cambio, “las personas” o “la humanidad”).
- (ii) Preferir el uso de genéricos terminados en A, E o L (*i. e.* “la/el pianista”, “las/los asistentes”, “la/el profesional”) o, en su defecto, el correspondiente desdoblamiento (*i. e.*, “las/os niñas/os”, “la/el deportista”). En este último caso, se podrá apelar a las perífrasis o giros para evitar sobrecargas (*i. e.*, “Las personas interesadas” en lugar de “las/los interesadas/os”).
 - (iii) Evitar el uso de denominaciones sexuadas (*i. e.*, evitar “una mujer policía” y usar, en cambio, “una policía”).
 - (iv) Al proponer ejemplos, evitar aquellos que reproduzcan y refuercen un estigma, paradigma, sesgo, canon o dispositivo de opresión cuando, obviamente, no estén destinados a ejemplificar alguna de estas circunstancias.

Se terminó de imprimir en 2020
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 100 ejemplares

