Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Artículos

Derecho y cambio social *

Martha Minow **

Traducción de Mary Beloff

I. Introducción

No puedo dejar de mencionar que hoy vence el plazo para la presentación de la declaración de impuestos, y como muchos de nosotros luchando por terminar nuestras declaraciones impositivas, me acuerdo del dicho "hay dos clases de personas en el mundo: aquellas que terminan lo que empiezan y las otras". En realidad, lo que realmente creo es que "hay dos clases de personas en el mundo: la clase que piensa que hay dos clases de personas y la clase que no".

También pienso que existen dos clases de personas cuando se trata el tema "derecho y cambio social": aquéllas que creen que el derecho es un importante instrumento de cambio social y aquéllas que creen que no lo es. Carolyn Heilburn comentó una vez: "Al pensar en el cambio social profundo, los conservadores siempre esperan el desastre mientras que los revolucionarios anticipan confiadamente la utopía. Ambos están equivocados"[1].

Cuando se trata de las relaciones entre derecho y cambio social, no puedo decir quién está equivocado. En ese tema se encuentran variaciones sobre dos posiciones básicas. Algunas personas piensan que el derecho se queda atrás de los cambios en la sociedad y gradualmente los alcanza. Un ejemplo sería el cambio de las leyes de divorcio que exigían probar que un esposo era culpable por la ruptura del matrimonio, a lo que es denominado comúnmente "divorcio sin culpa", disponible cuando cualquiera de las partes sólo lo desea. Dados los miles de personas que prefabricaron prueba bajo el sistema de la culpa, la adopción del divorcio sin culpa podría ser vista básicamente como un reconocimiento de la práctica real[2].

Algunos creen, por el contrario, que el derecho puede ocasionalmente provocar cambios en la sociedad pero sólo ocasionalmente y, a menudo, sin intención de causarlos. Para la gente con esta visión, *Brown v. Board of Education*[3]

---

* Trabajo presentado en las "Conferencias sobre Derecho y Cambio Social" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Missouri, 14 al 16 de abril de 1993.

** Profesora de derecho de la Universidad de Harvard.

1. "The Beacon Book of quotations by women", 299, Rosalie Maggio ed. 1992, citando a Carolin Heilburn, *Toward a recognition of androgyny*, 1973.

2. Ver Weitzman, Leonore, *The divorce revolution: the unexpected social and economic consequences for women and children in America*, 1985.

3. 347 U.S. 483 (1954).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se presenta como un momento destacable e inusual de liderazgo judicial que se adelantó a la opinión pública y a la práctica[4]. Otros enfatizan las consecuencias involuntarias de los esfuerzos en pos de la reforma legal. Para ellos, el divorcio sin culpa es un ejemplo notorio de una reforma que, sin la intención de hacerlo, eliminó la protección para las mujeres y que, además, ha quedado asociada con caídas significativas en el bienestar económico de mujeres y niños después del divorcio[5]. Otro ejemplo es *Roe v. Wade*[6], un éxito para el movimiento pro-elección que inspiró y movilizó el contra-movimiento pro-vida.

Algunas personas creen que el mayor impacto del derecho en la sociedad llega en la forma de símbolos que afectan la conciencia, las esperanzas humanas y, quizás, por último, la conducta[7]. Desde este punto de vista, la adopción del divorcio sin culpa es más importante por su efecto gradual sobre el significado del matrimonio. Por ejemplo, muchas personas pueden casarse ahora creyendo que van a estar casadas temporariamente; y con esto se reemplaza en la cultura estadounidense el lenguaje moral por imágenes de inevitabilidad para describir la desaparición de matrimonios, sean estos propios o de otros. El lenguaje legal de la "ruptura irreparable", usado en algunas leyes de divorcio sin culpa, parece tratar al matrimonio roto como a un automóvil defectuoso; se abandona el lenguaje de fracaso o responsabilidad personal por el final de una relación[8]. El papel del derecho, es para algunos de un modo más significativo, un medio cultural que influencia los modos de expresión y las esperanzas y temores cotidianos de la gente.

En contra están aquellos que argumentan que el derecho no produce -o no debería producir- cambio social. Algunos plantean dudas empíricas. Por ejemplo, algunos investigadores han cuestionado la posición según la cual *Brown v. Board of Education* produjo significativos avances legales o políticos en materia de derechos civiles o de reforma escolar[9]. Muchas de estas críticas provienen de gente alineada con el conservadurismo político. Pero no todos los críticos encajan en esa descripción[10]. Por ejemplo, mi ex colega Derrick

---

4. Una refinada versión de esta concepción aparece en Aryeh Neier, *Only Judgment: the limits of litigation in social change*, 1982, en el que argumenta que los tribunales son a veces apropiados y a veces menos idóneos para perseguir el cambio social. Su análisis explora la competencia de los tribunales en ocho áreas diferentes de la política pública.

5. Weitzman, *supra* nota 2.

6. 410 U.S. 179 (1973).

7. Ver Mary Ann Glendon, *State, Law and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, 1977; ver también Stuart Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change*, 1974; Clifford Geertz, *Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective in Local Knowledge*, 218, 1983, discutiendo el derecho como un sistema de símbolos para la percepción, comprensión, juzgamiento, y manipulación del mundo.

8. Martha Minow, *Words and the Door to the Land of Change: Law, Language and Family Violence*, 43 Vand Law Review, 1665, 1990. Cuando hablamos de violencia doméstica, nos referimos a un asunto privado, personal, algo que no ha de ser invadido; inversamente, el maltrato conyugal es un delito verdadero, algo que merece persecución penal.

9. Ver Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?*, 1991.

10. Ver Karl E. Klare, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act & the Origins of the Modern Legal Consciousness*, 1937-1941, 62, Minnesotta Law Review, 265, 1978; Alan Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 Minnesotta Law Review, 1049, 1978. Klare and Freeman adoptan la posición según la cual las victorias episódicas en el movimiento de los derechos civiles limitaron finalmente su impacto transformador.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Bell, quien trabajó para la NAACP en cuestiones de desegregación escolar, ha escrito recientemente libros y artículos polémicos sosteniendo que la reforma por la justicia racial ha fracasado. Argumenta que el racismo y la pobreza negra persisten y que los profesionales del área de los derechos civiles están demasiado inmersos en sus estrategias como para admitir que han fracasado[11]. Además, Bell compara los esfuerzos de la reforma legal por los derechos civiles con la Prohibición, esto es, el esfuerzo de principios de siglo por prohibir las ventas de licor, y concluye que ambos fracasaron porque demasiada gente en ambos casos quería evadir la ley. Otros plantean una clase diferente de cuestionamientos sobre la relación entre derecho y cambio social; cuestionan en particular la legitimidad de la actividad judicial para producir cambios en la sociedad[12].

No tengo planeado decidir entre estas u otras concepciones antagónicas de derecho y cambio social. En su lugar, me gustaría dirigir la atención hacia los términos clave que subyacen en estas concepciones. Aun cuando pueda parecer una empresa académica, una mirada a las palabras puede influenciar el cambio social. La autora Carmen Martínez Ten dijo recientemente que "el lenguaje no es inocente ni neutral. Los hábitos lingüísticos condicionan nuestra visión del mundo y obstaculizan el cambio social"[13]. Una evaluación significativa acerca del derecho y el cambio social requiere una comprensión cuidadosa de los posibles significados de las palabras "derecho", "social" y "cambio".

Permítanme explicar cada uno de estos puntos.

II. Significados de "derecho"

Muchos estudios sobre derecho y cambio social consideran a los tribunales y, especialmente, a la Suprema Corte de los Estados Unidos, como el único recurso legal disponible. Un libro reciente, por ejemplo, denomina a la fe en el derecho para lograr el cambio social como "La Esperanza Hueca" y centra la atención exclusivamente en la Suprema Corte de los Estados Unidos en las áreas de justicia racial y derechos de las mujeres[14]. Esta aproximación es corta de vista y errónea. La Suprema Corte, no obstante lo ilustre y poderosa que pueda parecer, es simplemente una de las muchas instituciones legales en este país. Considera menos de 200 casos al año, recientemente menos de 120, y la mayoría de ellos se refieren a asuntos de técnica legal con escasa significación social[15]. Un caso ocasional ante la Corte que involucre asuntos sociales de interés general puede ser un catalizador tanto para el debate legislativo o para una respuesta estatal, como lo es para dirigir consecuencias sociales.

---

11. Ver Derrick Bell, *Faces at the bottom of the well: the permanence of racism*, 1992; Derrick Bell, *And we are not saved: the elusive quest for racial justice*, 1987.

12. Ver por ejemplo, Martin H. Redish, *The federal courts in the political order: judicial jurisdiction and American political theory*, 10, 1991 ("No habiendo una sentencia de inconstitucionalidad ... es democráticamente ilegítimo para un poder judicial no representativo desestimar, burlar o ignorar las elecciones políticas hechas por los poderes mayoritarios").

13. *The beacon book of quotations by women*, *supra* nota 3, en página 181, citando a Carmen Martínez Ten, in España, 1991.

14. Rosenberg, *supra* nota 9.

15. Ver generalmente David M. O'Brien, *Storm center: the supreme court in American politics*, 3ra. ed., 1993.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Incluso casos famosos como *Brown v. Board of Education* y *Roe v. Wade* reflejan sólo parcialmente la capacidad de la Suprema Corte de influenciar el cambio social porque ambos surgieron de movimientos de masas, con dimensiones legislativas, regulatorias y de protesta. Muchos reformistas contemporáneos promueven acciones legales con el objeto de conseguir un espacio en las noticias de la tarde e influir en las agendas legislativas, sin considerar si tales acciones prosperan o no en la Corte[16]. Evaluar tales esfuerzos requiere, por lo tanto, una concepción considerablemente más amplia del derecho que un enfoque estrecho sobre las decisiones de la Suprema Corte o incluso sobre la relación entre la acción judicial y la conducta real de la gente.

Así, la visión de las decisiones de todos los tribunales federales y estatales y de la legislación, tanto federal como estatal, brindaría un marco más apropiado para evaluar los esfuerzos para promover el cambio social. Las críticas de Derrick Bell a las iniciativas del movimiento por los derechos civiles en alguna medida admiten esta definición más amplia de "derecho". Bell incluye en su crítica a las leyes federales sobre derechos civiles, y menciona como evidencia la presencia ininterrumpida de racismo y los patrones persistentes de pobreza entre tantos africano-americanos. En esencia, trata al "derecho" que importa como las prácticas sociales y económicas informales de instituciones blancas y dominantes tales como las corporaciones y las universidades. Pienso que este es un punto importante: al final el derecho en los libros toma su significado del derecho en la práctica. Desde esta perspectiva, las costumbres y otras prácticas cotidianas que continúan excluyendo o degradando a los no blancos pertenecen, por cierto, a la concepción del cambio social buscada por la reforma legal.

Sin embargo, pienso que Bell subestima los efectos de la reforma legal hasta el presente. Aquí es relevante el grado de conciencia de sus derechos manifestado por africano-americanos tanto como el grado de reclamos legales exitosos. Considero aquí los resultados de una reciente encuesta de casos de discriminación en el empleo reportados por los tribunales federales en 1987[17]. La encuesta indico que setenta y siete casos trataron exclusivamente de discriminación racial y sesenta y cinco de aquellos casos fueron promovidos por demandantes africano-americanos; cinco casos fueron presentados por miembros de otras minorías y siete por blancos[18]. Este patrón sí sugiere percepciones de discriminación contra africano-americanos más amplias que contra cualquier otro grupo -pero esto también sugiere que el sistema legal constituye un instrumento significativo para desafiar esa discriminación.

En juicio, los demandantes africano-americanos ganaron catorce de los casos que promovieron; los demandantes blancos no ganaron ninguno de sus casos[19]. Este segundo resultado podría apoyar conclusiones antagónicas. Quizás esto sugiera que el poder judicial es hostil hacia los africano-americanos, dado que los casos seleccionados no eran presumiblemente casos triviales.

---

16. Ver Nan Aron, *Liberty and justice for all: public interest law in the 1980's and beyond*, 1989.

17. Roy Brooks, *Shelby Steele and the subtext of our developing civil rights laws*, 9 Law & Ineq. Journal, 359, 1991 (reportando los resultados de su encuesta basados en investigación a través del sistema Westlaw).

18. Roy Brooks, *op. cit.*, páginas 363-64.

19. Roy Brooks, *op. cit.*, página 365.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Quizás el resultado indique que la discriminación laboral real sigue siendo todavía una carga enorme para los africano-americanos. Ni siquiera la interpretación altera la evidencia de que al menos esos demandantes creían que tenían derechos que habían sido violados y que tenían derecho a llevar esos casos a los tribunales. Además, los empleadores y sus abogados en todo el país seguían de cerca los casos presentados y las decisiones recaídas, y los empleadores monitoreaban su propia conducta de acuerdo a ello.

La categoría "derecho" debería ser comprendida como aquella que incluyera cada uno de estos elementos: las normas sobre las cuales los individuos llegan a tener conciencia, ya sea que esa conciencia derive de decisiones judiciales, de leyes o de fuentes de derechos más generales que objetan el trato discriminatorio[20]. "Derecho" debería también incluir el uso real de los tribunales, sea o no que el resultado favorezca al actor y a cambios futuros en la conducta de los empleadores que observan el patrón de casos llevados a los tribunales.

Deberíamos también incluir otra posible dimensión de "derecho". Se trata de los esfuerzos voluntarios concentrados por y en nombre de personas privadas de derechos para crear servicios y programas negados a ellos por el sistema legal formal. Pienso particularmente en los servicios sociales para niños, viudas y otros dependientes sostenidos por organizaciones de mujeres durante el siglo XIX y los comienzos del siglo XX, antes de que las mujeres obtuvieran el derecho a votar. Aun durante el período en que el derecho asignaba a los maridos el control sobre la propiedad de las mujeres casadas, organizaciones privadas de mujeres voluntarias pragmáticamente designaron mujeres solteras en los cargos de secretaria y tesorera[21]. A través de esas organizaciones, las mujeres crearon escuelas, bibliotecas y orfelinatos[22]. El Parlamento de Mujeres, convocado en 1869 por un club de mujeres de New York, debatió el desarrollo de un gobierno paralelo para implementar los intereses de las mujeres por buenas escuelas, un gobierno limpio y la virtud pública[23].

Las organizaciones de mujeres también abogaron por la adopción de una nueva legislación que incluyera leyes sobre trabajo infantil, la creación de tribunales de menores, regulaciones sanitarias y el voto femenino[24]. Al contar con una red efectiva para diseminar y promover ideas sobre nuevas formas de gobierno, las organizaciones voluntarias de mujeres no sólo produjeron específicos cambios legales, sino que también alteraron las normas y prácticas del gobierno oficial[25]. En un libro reciente que examina las políticas de apoyo social en los Estados Unidos, Theda Skocpol demuestra que las organizaciones de mujeres produjeron políticas de bienestar maternalistas para asistir a las madres y niños americanos allí donde los canales gubernamentales oficiales

---

20. Ver Frank Michelman, "Law's republic", 97 *Yale Law Journal*, 1493, 1988.

21. Barbara J. Berg, *The remembered gate: origins of American feminism, the woman and the city, 1800-1860*, página 161, 1978.

22. Ver Martha Minow, "Formin underneath everythig that grows: toward a history of family law", 4 *Wisconsin Law Review*, 819, 878-87, 1985.

23. Paula Baker, "The domestication of politics: women and American political society, 1780-1920", 89, *Am. Hist. Review*, 620, 633-34, 1984.

24. Minow, *supra* nota 22, página 881.

25. Minow, *supra* nota 22, páginas 885-90.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se mostraban resistentes a las ideas legislativas sociales adoptadas en Europa durante el mismo período[26]. Las mujeres en esas organizaciones produjeron en esencia un régimen legal alternativo. Este régimen alternativo, tanto como las reformas específicas que provocó, cambió la sociedad y también alteró el status de las mujeres que participaron.

¿Podrían actividades análogas alterar o expandir el significado del derecho hoy? Un ejemplo contemporáneo podría ser el de hogares para mujeres golpeadas financiados privadamente, creados por ex mujeres golpeadas, que apoyan reformas legales para prevenir y controlar la violencia doméstica. Varios observadores han llamado la atención recientemente contra el financiamiento público de hogares que pueden cooptar el movimiento y minar el cambio social necesario para frenar la violencia en sí misma[27]. Sin embargo, el financiamiento público de hogares marca un nivel de éxito político, convirtiendo una iniciativa privada en una sostenida por el estado. Otro ejemplo contemporáneo lo constituyen los esfuerzos para crear cuerpos privados voluntarios de policía comunitaria. Consideremos los cuerpos privados voluntarios tales como los Guardian Angels que en algunas cuadras de la ciudad de New York tienen más presencia y son más efectivos que los oficiales de policía. Me interesaría escuchar otros ejemplos de esta expandida noción del derecho.

En este sentido, el derecho no consiste meramente en las reglas formales oficiales adoptadas por legislaturas, tribunales y la administración ni sólo en los procedimientos de esas instituciones. El derecho consiste también en las prácticas de gobierno y de resistencia que la gente desarrolla por afuera y más allá de las instituciones públicas. Esas prácticas pueden alterar el derecho público formal; ellas también alteran el significado y la forma del derecho y proveen un contexto potencialmente rico para el cambio social.

Recuerdo aquí el comentario de Gloria Steinem: "Si el zapato no entra, ¿debemos cambiar el pie?"[28]. Esto es un comentario iluminador sobre las prácticas sociales y las instituciones públicas, y un buen recordatorio de que los desposeídos pueden marchar con sus pies y rehacer de este modo el orden legal y político.

III. SIGNIFICADOS DE "SOCIAL"

Pasemos a los significados de "social" cuando hablamos sobre derecho y cambio social. Tradicionalmente, el término no es examinado. Por ejemplo, en un libro titulado Los límites del litigio en el cambio social, Aryeh Neier nunca define el término "social" sino que considera procesos en diez áreas: igualdad racial, derechos electorales, igualdad sexual, aborto, pobreza, política exterior, seguridad nacional, instituciones tales como prisiones, hospitales mentales, y escuelas para personas con retardo mental, pena de muerte y

---

26. Theda Skocpol, *Protecting soldiers and mothers: the political origins of social policy in the United States*, 321-523, 1992.

27. Ver por ejemplo, Merle Weiner, "From dollars to sense: A critique of government funding for the battered women's shelter movement", 9 *Law & Ineq Journal*, 185, 1991.

28. *The beacon book of quotations by women*, *supra* nota 3, página 300 (citando a Gloria Steinem, *Outrageous acts and everyday rebellions*, 1983).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

protección del medio ambiente[29]. Estos temas reflejan las agendas de grupos orientados a esas causas, tales como *American Civil Liberties Union*, el *Center for Constitutional Rights*, el *Mental Health Law Project*, y el *Southern Poverty Law Center*.

Los temas también satisfacen la amplia definición del diccionario que identifica social como "de o relacionado con la sociedad humana"[30]. Esa definición pareciera aplicable a cualquier experiencia humana. Aún así, mi sospecha es que la parte "social" de "derecho y cambio social" es concebida usualmente de un modo demasiado restringido. Por ejemplo, concepciones de "social" pueden tratar a la moralidad como algo dado[31], cuando en realidad "social" podría ser el terreno para debates sobre lo que interesa como moral.

Comparemos la visión más limitada subyacente en el propio análisis de Neier. Este autor traza una distinción entre moralidad y política. Esta distinción cobra mucha importancia en la evaluación de Neier para determinar en qué han sido exitosos y en qué han fallado los esfuerzos por la reforma legal. Por ejemplo, concluye que litigar en los tribunales funcionó para obtener avances específicos para los beneficiarios del servicio social, tales como la eliminación de requisitos de residencia y el establecimiento de procedimientos más justos para terminar con los beneficios[32]. Más aún, Neier liga la reacción política al momento en el que los reformadores legales afirmaron que el bienestar era un derecho, no meramente un regalo o un privilegio[33]. En ese momento -argumenta-, los reformadores alcanzan el punto en el cual la mayoría de los estadounidenses no encuentra moralidad en la causa. Esto contrasta, en la visión de Neier, con la cruzada por la justicia racial, a la cual sí le preocupaba la moralidad[34].

Tal vez su descripción rastrea correctamente experiencias pasadas. Pero tratar la distinción entre moralidad y política como fija y dada, hace que el término "social", cuando es usado en la frase "derecho y cambio social", nunca parezca involucrar los contextos personales y políticos en los cuales la gente debate acerca de la moralidad[35].

Sugiero en cambio que "social" incluya actitudes sostenidas por individuos particulares. Por ejemplo, la noción de que "lo personal es político" resulta crucial para el movimiento feminista. Estrechamente relacionados se encuentran los métodos de toma de conciencia y transformación personal.

---

29. Neier, *supra* nota 4.

30. *Webster's third new international dictionary* 2161, 1967.

31. Richard A. Posner, *Sex and reason*, 1992. Ver también prácticamente cualquier otra cosa que él haya escrito desde "The economics of the baby shortage", 7 *Journal Legal Studies*, 323, 1978 (coautora Elisabeth M. Landes).

32. Ver Neier, *supra* nota 4.

33. Neier, *supra* nota 4, página 139.

34. Neier, *supra* nota 4, página 140.

35. Quizás la política está en cuestión cuando la práctica gubernamental es el objetivo y la moralidad está en juego cuando la práctica gubernamental es puesta en jaque sólo como los medios en otros terrenos, tales como el empleo privado, o la conducta en las familias o en las empresas. Esta lógica ubicaría los derechos electorales, la pena capital, la política exterior y la seguridad nacional del lado de las prácticas gubernamentales, y el racismo, el sexismo y las actitudes hacia personas pobres o discapacitadas del lado de la moralidad. Pero esta aproximación toma como dadas las propias actitudes que algunos buscaríamos cambiar. Además, Neier parece aquí separar instancias de acción gubernamental de instancias de inacción gubernamental. Los profesores han dedicado mucha tinta a cuestionar esta distinción y a encontrar acción gubernamental en la inacción o viceversa.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esas ideas rara vez son discutidas en relación con derecho y cambio social. Y aún así los debates sobre libertad reproductiva, acoso sexual, derecho a morir y adopción interracial involucran en forma crucial renovaciones en las actitudes personales y en la conducta íntima.

Se puede decir lo mismo respecto del reciclaje y la conciencia ambiental. Los cambios que sustentan las reformas ambientales y los cambios producidos por las reformas ambientales, involucran de un modo importante la forma en que la gente ve asuntos tales como las servilletas de papel[36]. El director ejecutivo del Sierra Club, por ejemplo, reportó que la organización, comprometida con la calidad del medio ambiente y la belleza natural, encontró una orientación completamente nueva cuando la gente que asistiera a un encuentro dijo: "Oh, no estamos usando más servilletas de papel" debido al "movimiento de la nueva ecología"[37].

En efecto, muchos pensadores que planifican el futuro del movimiento ambiental apuntan a los cambios en la conciencia individual como un objetivo crucial precisamente porque el gobierno nunca tendrá suficiente poder para proteger el medio ambiente. Ralph Nader, por ejemplo, ha argumentado que el aparato regulador del gobierno tiene la autoridad para detener la contaminación y la degradación ambiental, pero no el poder para hacerlo. Un poder real requeriría oficinas de grupos ambientales en cada comunidad. En palabras de Nader: "Eso implicaría un cambio de poder que tradujera las necesidades de la gente en una aguda promoción -política, económica, legal-, toda clase de promoción que pueda entonces obligar a la autoridad a hacer su trabajo"[38].

Esta visión atrevida se hace eco de concepciones democráticas populistas que inspiran a muchos movimientos políticos divergentes. Pero también reconoce como significativo el cambio de actitud que se observa en la gente común.

Lo que compromete a la gente, tanto en conjunto como en forma individual, lo que realmente altera las emociones y las actitudes, debería ser parte de lo que entendemos por "social". Nadine Gordimer, la novelista sudafricana, ofreció esta poderosa perspectiva:

"No son los cambios conscientes hechos en sus vidas por hombres y mujeres -un nuevo trabajo, una nueva ciudad, un divorcio- lo que realmente los modela, como los titulares de un capítulo en una biografía, sino una larga, lenta mutación de emoción, escondida, que penetra todo; algo por lo cual ellos pueden estar tan absortos que los cambios prácticos ocurridos al exterior de sus vidas en el mundo, notados con sorpresa, escándalo o envidia por otros, pasan casi desapercibidos para ellos mismos"[39].

Pienso que Gordimer estaría de acuerdo en que el cambio político está interrelacionado con el cambio personal. Muchos otros, sin embargo, todavía descuidan esa conexión. Un significado útil de "social" podría referirse al contexto para acercar esos dos terrenos. Abordar los espacios en los que las

---

36. Philip Shabecoff, *A fierce green fire: the American environmental movement*, 1993, página 119.

37. Philip Shabecoff, *op.cit.*, páginas 118-19 (citando a Michael McCloskey).

38. Philip Shabecoff, *op.cit.*, página 244 (citando a Ralph Nader).

39. *The beacon book of quotations by women*, *supra* nota 3, página 43 (citando a Nadine Gordimer, *The lying days*, 1953).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

actitudes privadas son forjadas y reforzadas deviene crítico en esta comprensión del plano social.

La noción de lo "social" ha estado demasiado limitada en otro sentido. Ha tendido a excluir la economía. Los estudios muestran que los africano-americanos y los blancos que han tenido los mismos años de escolarización aún no ganan lo mismo cuando son empleados; los resultados oscilan en una diferencia salarial del diez al treinta por ciento para gente educada de modo similar en las dos razas[40]. Para muchos, el tema central en la disparidad racial es el acceso a los recursos, y esto permanece sin ser modificado por las reformas legales existentes sobre derechos civiles[41]. Es útil aquí, creo, la distinción de Roy Brook entre racismo -una creencia según la cual la raza es el determinante primario de las capacidades humanas en patrones raciales fijos de superioridad e inferioridad- y discriminación racial -tratar a miembros de diferentes razas de modo diferente, independientemente de si el racismo es el antecedente[42]. Los esfuerzos por usar el derecho para cambiar el modo en que la sociedad aborda el tema de la raza parecen haberse focalizado más en el racismo que en las oportunidades económicas previstas o proscriptas para los miembros de las minorías raciales. Esto puede reflejar resistencia por parte de jueces o políticos a la visión más amplia de algunos reformadores legales o puede reflejar la propia tendencia del derecho a distinguir entre justicia correctiva y distributiva[43]. Por ejemplo, muchos esfuerzos de desegregación en escuelas del norte se detuvieron cuando cuestionaron las divisiones de clase que afectaban patrones residenciales y límites entre ciudades y suburbios. Hasta que la oportunidad económica esté ubicada exactamente dentro del terreno de lo social, los esfuerzos sociales y legales para producir un cambio en el *status* de la raza no harán mucha diferencia.

IV. SIGNIFICADO DE "CAMBIO"

El significado de "cambio" puede parecer obvio. El fin es alterar, revisar, renovar, sustituir, mover. Pero simplemente cambiar de una posición estática a otra cuando se trata de relaciones de raza, del tratamiento de personas con discapacidades o de violencia doméstica, soslaya una noción de cambio más profunda. Es la diferencia entre perseguir resultados y procurar un proceso continuo de cambio.

Este contraste explica por qué algunas personas no confían en el financiamiento gubernamental de refugios para mujeres golpeadas. El peligro es que los compromisos con el financiamiento del gobierno profesionalizarán y burocratizarán los refugios, privándolos de su utilidad para promover la crítica política y los cambios de conciencia dentro y fuera de los refugios[44].

---

40. Ver Brooks, supra nota 17 (citando estudios de la revista *Rand & Money*).

41. Derrick Bell, *Faces at the bottom of well*, *supra* nota 11; Mari Matsuda, *Words that wound: critical race theory, assaultive speech, and the first amendment*, 1993. Derrick Bell y Mari Matsuda han considerado expresamente, como respuesta a este problema, un sistema tributario basado en la discriminación y en reparaciones a la discriminación, respectivamente.

42. Brooks, *supra* nota 17, páginas 362-63.

43. Ver Neier, *supra* nota 4, páginas 108-98; ver también el caso *Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267, 1977.

44. Ver Weiner, *supra* nota 27.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Un contraste similar entre orientación a los resultados y orientación a los procesos podría influenciar una opción entre tipos de apoyo gubernamental. Por ejemplo, en contraste con el enfoque usual de la agencia federal para la protección del medio ambiente, las enmiendas de 1986 a la ley federal de limpieza de residuos tóxicos requieren que las empresas que producen o utilizan sustancias tóxicas informen a las comunidades locales sobre sus actividades[45]. La ley también pone a disposición fondos federales para ayudar a las organizaciones de la comunidad a adquirir la asistencia científica y técnica necesaria para participar en procesos locales para tratar con los riesgos de salud y de seguridad[46].

Poner la atención en el proceso de cambio en curso conduciría hacia iniciativas que tengan la capacidad de atraer votantes que las apoyen en el futuro. Sobre esta base, Theda Skocpol ha abogado por programas de bienestar social que más que estar destinados a los más necesitados[47], son universales. De modo similar, Susan Sturm ha abogado por una reforma judicial de las prisiones que no sólo establezca estándares de condiciones decentes sino que ponga en marcha procesos que generen un cambio más profundo en lo organizacional y grupal, modificando las relaciones entre internos y administradores[48].

Me gustaría abordar, con esta perspectiva, las iniciativas legales a favor de la gente con discapacidad mental. En apenas veinte años, las reformas legales en el área de la salud mental han criticado y puesto en evidencia las fallas en las instituciones públicas y las prácticas de internación, han reclamando mejores procedimientos, han expandido la participación de los pacientes, y han cuestionado seriamente el *status quo*. Los logros en poco tiempo han sido enormes. Esto puede medirse con la reciente indicación de que las próximas reformas en el sistema nacional de salud incluirán un compromiso serio de financiar servicios de salud mental. Otras medidas incluyen éxitos legislativos tales como la adopción de la *Americans with Disabilities Act*[49] y la *Fair Housing Amendments Act*[50]. Otros éxitos están representados por la selección de una persona con síndrome de Down en el rol protagónico de un programa televisivo de una cadena muy importante, y por la protección legal contra discriminación en el seguro de salud para personas con discapacidades mentales.

Pero algunas de las reformas en sí mismas han producido considerable controversia. Sé que es más fácil ser un crítico que un reformador. Una vez vi un dibujo animado que mostraba un globo lleno con aire caliente, atado a una bolsa de arena, y en el dibujo animado, los liberales eran el aire caliente y los conservadores la bolsa de arena[51]. Ya sean liberales o conservadores, los críticos

---

45. 42 U.S.C.A. s 9601 et seq., Law. Co-op., 1989.

46. Ver Shabecoff, *supra* nota 36, páginas 243-44.

47. Theda Skopcol, "Targeting within universalism: politically viable policies to combat poverty in the United States", en *The Urban Underclass*, 411, Christopher Jencks & Paul Peterson, eds., 1991; ver también Theda Skocpol, "Universal Appeal: politically viable policies to combat poverty", 9 Brookings Review, 28, 1991.

48. Susan Sturm, "Resolving the remedial dilemma: strategies of juditial intervention in prisons", 138 *University of Pennsilvania Law Review*, 1990, página 805.

49. 42 U.S.C.A. s 12101, Law. Co-op. Supp., 1993.

50. 42 U.S.C.A. s 3601, Law. Co-op. Supp., 1993.

51. James T. Pendergrast, *Object lessons: drawings by James T. Pendergrast*, 1988, página 68.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pueden soplar aire caliente y cambiar la bolsa de arena. Pero la desinstitucionalización de personas con enfermedad o retardo mental es una reforma llevada a cabo por una generación que bien podría producir el escándalo de la siguiente[52]. Mi ex jefe, el Juez David Bozelon, durante largo tiempo abogó por los derechos de las personas con discapacidad mental. Pero advirtió que la desinstitucionalización en muchos estados simplemente trasladaría a la gente "desde el 'patio de atrás' al 'callejón de atrás' [y que la] 'promesa de libertad' ha probado a menudo ser tan quimérica como la 'promesa del tratamiento'"[53].

Las condiciones de tantas instituciones estatales para enfermos mentales y de las escuelas para personas con retardo mental han sido abominables. Los reformadores han desarrollado argumentos legales en el sentido de que la gente tiene derecho al tratamiento en el ambiente menos restrictivo posible, y que vivir en la comunidad es en sí mismo un derecho y una práctica rehabilitadora o terapéutica. Estos argumentos coincidieron con la crisis del presupuesto público y el resultado ha sido un masivo movimiento de gente de las instituciones. ¿Dónde han aterrizado? La relación entre el no tener hogar y la desinstitucionalización ha sido exagerada en la imaginación de la prensa y del público, pero los estudios sí indican que alrededor del treinta al cuarenta por ciento de la gente sin hogar padece de alguna clase de enfermedad mental[54]. Es difícil en este sentido cuestionar la extendida percepción pública de que los reformadores han garantizado a la gente con discapacidad mental el derecho a vivir en la vereda[55].

Aun más problemático es que muchos de los evidentemente desinstitucionalizados se han convertido en reinstitucionalizados. Algunos fueron trasladaron a asilos, algunos a clínicas privadas, muchos ingresaron al sistema de justicia criminal. Algunos pueden ser amenazados con el regreso a las ahora vacías enormes instituciones mentales. Los que están "en la comunidad" a lo sumo cuentan con un cuidado fraccionado o, a menudo, con ningún tratamiento en absoluto[56].

¿Es entonces la desinstitucionalización un fracaso? Si es así, el fracaso se refleja más sobre la sociedad en general que sobre los reformadores. Estigma y falta de respeto por la gente que parece diferente preceden a la desinstitucionalización, y no sorprendentemente persisten[57]. Esto me hace recordar el viejo chiste: "¿Cuántos psiquiatras hacen falta para cambiar una

---

52. John Q. La Fond & Mary L. Durham, *Back to the asylum: the future of mental health law and policy in the United States*, 100, 1992 (citando a David Rothman: "las reformas de una generación se convierten en los escándalos de la siguiente").

53. Juez David Bazelon, prólogo a Kenneth Donaldson, *Insanity inside out: the personal story behind the landmark supreme court decision xi*, 1976. Proveo una discusión más amplia sobre estos asuntos en Martha Minow, "Questioning our policies: judge David Bazelon's legacy for mental health law", 82 *Geo. Law Journal*, (número 1, en prensa).

54. Rael Jean Isaac & Virginia C. Armat, *Madness in the Streets: how psychiatry and the law abandoned the mentally ill*, 4, 1990.

55. *Idem*, página 340.

56. La Fond, *supra* nota 52, página 109.

57. Martha Minow, "When difference has its home", 22 *Harvard C.R.-C.L. L. Review*, 111, 1987; ver también Robert L. Hayman, Jr., "Presumptions of Justice: law, politics, and the mentally retarded patient", 103 *Harvard Law Review*, 1201, 1990.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bombita de luz?" Hay dos posibles finales. Uno es: "¿Qué te hace formular esa pregunta?". El otro es: "Sólo uno, pero la lámpara realmente tiene que querer cambiar". Por analogía (si uno puede hacer analogía con el final del chiste), ¿cuánto puede la desinstitucionalización cambiar a la sociedad? Respuesta: puede, si realmente la sociedad quiere cambiar.

Ahí está la cuestión. La sociedad realmente no ha querido cambiar mucho. Los reformadores, me permito sugerir, deben tomar en cuenta este hecho básico para diseñar las reformas. Si el objetivo era abrir oportunidades de vidas decentes para la gente con discapacidades, esto está lejos de haber sido alcanzado[58]. Si el medio elegido enfatizó la visibilidad, asumiendo que la comunidad respondería al ver a la gente necesitada, la sorprendente capacidad de insensibilidad humana debe ser reconocida.

Algunos observadores sugieren, sin embargo, que el propio disgusto y controversia sobre la desinstitucionalización puso en movimiento un proceso de cambio continuo. Comentando los esfuerzos por desinstitucionlizar en Italia, la profesora Ota de Leonardis escribe que algunos problemas no encajan en el esquema de problema y solución[59]. Afirma aun más que los cuestionamientos a las instituciones también cuestionan la representación de un problema frente a una solución. Admite que la desinstitucionalización crea problemas, también crisis. Pero argumenta que este es un buen resultado ya que moviliza a mucha gente, incluyendo a pacientes, a actuar. Dispara experimentos, completa con ensayo y error, y estimula un continuo proceso de reforma y reacción. Desde esta posición, el fracaso en el resultado es en sí mismo un éxito en el proceso de cambio continuo.

Si el esfuerzo es catalizar respuestas sociales más amplias para la gente que parece diferente sin embargo, creo que podemos hacer algo mejor que el circuito sin hogar/ criminalización/reinstitucionalización que ahora vemos en la mayoría de los lugares. La esperanza es poner en movimiento un proceso de compromiso social con la gente que parece diferente y comprometer la tarea de rehacer la sociedad de modo que los costos de la diferencia no caigan sobre la gente más vulnerable.

Para muchos reformadores en este área, el compromiso con el cambio continuo en sí mismo plantea un dilema. ¿Cuestionarán los reformadores la propia noción de diferencia, perdiendo de este modo el fundamento para justificar servicios especiales y protección para la gente con discapacidad mental? ¿O quienes abogan enfatizarán la diferencia, arriesgándose entonces a un recorte de gastos, a la reinstitucionalización y a tornar rígidas actitudes negativas y estigma?

De niña, siempre odie los "lo uno o lo otro". Pienso que "ambos" e "y" son mucho más agradables y mucho más probables. Stanley Cohen ha comentado que el reclamo de la diferencia podía ser usado para justificar servicios, no sólo estigma social[60]. Clasificar a la gente puede traer problemas

---

58. Ver el caso *City of Cleburne v. Vleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432 (1985) (La Suprema Corte se ha negado a tratar a los discapacitados mentales como una clase "sospechosa", quizás porque ha habido movimientos políticos que han creado cambio social en su nombre).

59. Ver Ota de Leonardis, "Desinstitucionalization, another way: the Italian mental health reform", 1 *Health Promotion* 151, 153, 1986.

60. Stanley Cohen, *Visions of social control: crime, punishment and classification*, 1985, página 263.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pero puede ayudar también a movilizar recursos[61] . Además, señala Cohen, los miembros más débiles y menos poderosos de la sociedad pueden ser mejor atendidos al tener profesionales y quienes aboguen vinculados a ellos debido a un proceso de etiquetamiento, que si se dispersan en el mar general de la miseria humana. Esos profesionales y quienes abogan por los que parecen diferentes, a su vez, pueden mantener vivo el proceso de cambio continuo.

Una idea similar reconocería que la concepción de la gente con discapacidades como "diferente" es dominante y por lo tanto, un fructífero instrumento para cambiar la sociedad[62] . Esta idea debe, creo yo, ser sostenida en conflicto con la poderosa comprensión de Audre Lorde "las herramientas del maestro nunca desmantelarán la casa del maestro"[63] . De modo similar, la noción de cambio debería combinar la imagen de Adrienne Rich: "no como un salto/sino como una sucesión de breves y sorprendentes movimientos/cada uno haciendo posible el siguiente»[64] , con el dicho jasídico "no puedes saltar un abismo en dos saltos". Y un pensamiento más con una vuelta: "Cuando estás aislado, tienes el mundo debajo de tus pies". El "cambio" en derecho y cambio social necesita estas clases de paradojas, tensiones y vueltas; necesita conectar el pasado con el futuro, resultados con procesos y fines con medios.

V. FINES

Hablando de fines, es tiempo para uno. Admito que no he respondido muchas de las preguntas que pueden haberlos conducido a asistir a esta charla. He propuesto concepciones de "derecho", "social" y "cambio" que pueden parecer sorprendentes o no familiares. Sugiero que "derecho" incluya la acción judicial, legislativa y regulatoria, pero también su inacción, y las actividades contrastantes de grupos privados e individuos que persiguen el cumplimiento del derecho o que de otro modo buscan alterar la forma en la que la sociedad es gobernada. "Social" debería ser entendido incluyendo los contextos de la política y la cultura en los cuales las personas forjan la conciencia de su sociedad y de sus aspiraciones para ella; "social" también incluye el terreno para debates sobre qué moralidad y qué justicia económica debería acarrear. "Cambio" incluye no sólo alteraciones específicas, discretas, sino también procesos de renovación y cuestionamiento continuo del *status quo.*

Pueden no estar de acuerdo con estas definiciones. Si provoco un debate sobre ellas, estaré encantada, porque mi preocupación fundamental es la forma en la que los términos "derecho", "social" y "cambio" han permanecido por largo tiempo sin ser examinados en los debates sobre derecho y cambio social. Y ahora ofreceré una forma más para identificar a dos clases de personas: aquellas que se van sin decir adiós y aquellas que dicen adiós sin irse. Yo estoy en el segundo grupo, así que me despido, pero me quedaré ahora por aquí con la esperanzas de que podamos seguir conversando más adelante.

---

61. Stanley Cohen, *op.cit.,* páginas 268-70.

62. *The Beacon book of quotations by women*, *supra* nota 3, página 299 (citando Jenny Holzer, Truisms (1977-79) ("usa lo que es dominante en una cultura para cambiarla rápidamente).

63. Audre Lorde, *Sister outsider*, 112, 1984.

64. Adrienne Rich, "From a survivor", en *Diving into the wreck, poemas 1971-72*, 50, 1973.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los *standards light*

Alejandro Carrió *

I. Introducción

Cada tanto, la Corte Suprema de la Nación escoge un caso para debatir, por medio de él, el alcance de una garantía constitucional. Lo que la Corte resuelva entonces afecta a millones de personas. Cuando el caso escogido se refiere a la extensión de las facultades coercitivas de la Policía y de otras fuerzas de seguridad, el mensaje de la Corte implicará o bien santificar procedimientos hasta allí cuestionados o, por el contrario, condenar por contrarias a la Constitución prácticas vigentes. Los derechos de los habitantes quedarán entonces definidos en medida directamente proporcional a las facultades acordadas a las fuerzas de seguridad. De esta breve introducción se desprende que cuando la Corte habla no estamos ante un hecho menor.

En fecha reciente nuestro Alto Tribunal dictó sentencia en el caso *Fernández Prieto*, sentando en materia de requisas policiales criterios que serán objeto de análisis en este trabajo. También me propongo cubrir algunas otras cuestiones afines que vienen concitando la atención de nuestros tribunales en los últimos años.

II. Escenarios de la vida real

Los oficiales de Policía suelen enfrentar situaciones susceptibles de despertarles sospechas de criminalidad. Tales sospechas pueden tener su fuente ya sea en una simple intuición de que algo anda mal, o bien en concretas e identificables actitudes de los involucrados. En ocasiones, la presencia policial en determinado lugar puede deberse a la existencia de tareas anteriores de seguimiento u otras pesquisas, en llamados telefónicos previos, o en dichos de personas que la policía suele utilizar como informantes.

Con todo ese bagaje de datos en su poder, los oficiales de policía deben seleccionar cuidadosamente cómo han de proceder de allí en más. Las alternativas que se les presentan pueden comprender una variada gama de actos de coerción: detenciones y traslados de los implicados en el procedimiento a una dependencia policial, o requisas de sus pertenencias, sea en la misma vía pública o en la dependencia policial. A su vez, si los implicados han sido interceptados conduciendo un automóvil, la requisa podrá involucrar el interior del vehículo; también puede ella comprender alguna valija, bolso o elemento que el involucrado en el procedimiento lleve consigo; etc. En otros casos, lo que la Policía hace es ordenarle al interesado que exhiba el contenido de algunos de esos objetos, o que haga entrega de los mismos para su revisión por la autoridad.

---

* Abogado, Universidad de Buenos Aires; *Master of Laws* Universidad de Louisiana State, 1982. Profesor del Centro de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Palermo.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La pregunta jurídica que aquí se impone es cuánto de todo eso pueden hacer los agentes de seguridad sin afectar las garantías que otorga la Constitución[1]. Para contestar a esa pregunta, que es justamente la materia de este trabajo, se imponen algunas consideraciones previas.

III. UN POSIBLE (Y SANO) ESQUEMA CONSTITUCIONAL

1. La preferencia por las órdenes judiciales

A partir de las cláusulas constitucionales más relevantes, de las normas procesales reglamentarias de ellas y de algunos principios expuestos por la Corte Suprema de la Nación en el pasado, es posible pensar que tanto en materia de restricciones a la libertad como de invasiones a la intimidad, nuestro sistema legal exhibe una preferencia porque las decisiones trascendentes en estas áreas queden en manos de los jueces[2] .

En lo que hace a normas constitucionales, debe concederse que nuestros constituyentes fueron bastante parcos. El artículo 18 de la Carta Magna se limita a señalar, por un lado, que "*nadie será arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*", existiendo cierto acuerdo doctrinario en que esa autoridad competente es en verdad la judicial[3] . Otras cláusulas razonablemente aplicables son las que consagran que es "*inviolable de la defensa en juicio de la persona y los derechos*", y que "*ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley...*" (mismo artículo 18 C.N.).

En materia de allanamientos y registros de domicilios, papeles privados y correspondencia, a su vez, se sabe que la Constitución se limitó en el artículo 18 a consagrar su inviolabilidad, señalando que sería "*una ley*" la que determinaría en qué casos y con qué justificativos puede procederse a este tipo de medidas.

Ahora bien, si se repasan las principales normas reglamentarias de estas garantías contenidas en los ordenamientos procesales, es notoria la preferencia

---

1. Hace algunos años publiqué un trabajo que intentaba cubrir estos temas. Se llamó "Facultades policiales en materia de arrestos y requisas (¿Qué puede o debe hacer la policía y qué no)", *LL* 1988-E-269, comentario al caso *Ferreira*, resuelto por la Cámara del Crimen de la Capital, Sala I. Desde entonces, algunos pronunciamientos de nuestros Tribunales, y en especial el reciente caso *Fernández Prieto* fallado por la Corte Suprema me persuaden de la conveniencia de reexaminar la cuestión.

2. El principio de que los jueces se hallan en una situación de mayor serenidad y objetividad que la Policía para disponer medidas limitativas de garantías constitucionales, ha sido afirmado pacíficamente por los tribunales de los Estados Unidos, tanto respecto de órdenes judiciales de detención como de allanamiento. Ver, entre muchos otros, *Johnson v. United States*, 333 US 10, (1948) y *Aguilar v. Texas*, 378 US 108 (1964). En *Johnson*, la Corte Suprema estadounidense, hablando a través del Juez Jackson, puntualmente señaló que: "*En qué casos el derecho a la privacidad debe razonablemente ceder a favor del derecho estatal a practicar una requisa, es algo que, como regla, debe ser decidido por un Juez; no por un policía ni por ningún otro agente del Gobierno*" (333 US 10, 14).

3. Según Vélez Mariconde, la "autoridad competente" para emitir una orden de arresto solo puede ser una que forme parte del poder que la propia Constitución ha establecido para administrar justicia, o sea el Poder Judicial. Ver su *Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, 3° Editorial, vol. II, página 487, con cita de Joaquín V. González. En similar sentido ver la interpretación propugnada por Julio Maier en *Cuestiones Fundamentales sobre la Libertad del Imputado*, Editorial Lerner, Buenos Aires, 1981, página 27.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

exhibida por los legisladores tanto nacionales como provinciales porque las medidas coercitivas que afecten a esas garantías sean, en la medida de lo posible, dictadas por los jueces[4]. El esquema que preside en general los ordenamientos procesales es que, salvo supuestos de urgencia en los que no sería practicable la obtención de la orden judicial, las decisiones que impliquen afectar la libertad personal de los individuos o avanzar sobre áreas de su intimidad, pertenecen al ámbito de los magistrados.

Como corroboración de estos principios, la Corte Suprema de la Nación señaló por ejemplo en el caso *Fiorentino* (CSJN, *Fallos*, 306:1752), referido a la interpretación de la cláusula constitucional sobre inviolabilidad del domicilio, que "*aunque en rigor no resulta exigencia del artículo 18 que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que solo ellos pueden autorizar esa medida, sin perjuicio de algunos supuestos en que se reconoce a los funcionarios la posibilidad de obviar tal recaudo*" (ver considerando 5° del fallo)[5].

2. Estas medidas de coerción, para ser válidas, deben reconocer motivos previos

Parece lógico suponer que esta preferencia porque sean los jueces quienes evalúen la procedencia de medidas de coerción que afecten derechos constitucionales, es porque se entiende que son ellos quienes están en una mejor situación para asegurar que la intromisión en la libertad o intimidad de las personas responde a motivos razonables, y no a un mero capricho.

En relación con ello, el legislador nacional se ha preocupado por fijar criterios o *standards* que el magistrado debe observar, previo a autorizar una medida de este tipo. Así, en materia de detenciones, se requiere que existan motivos para recibirle al imputado declaración indagatoria, en conexión con un delito que tenga amenazada pena de prisión y sin que parezca en principio posible una condena de ejecución condicional (conforme artículos 282 y 283). Para allanamientos y registros, a su vez, el magistrado se encuentra constreñido a que "*hubiere motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o (...) puede efectuarse la detención del imputado*" (artículo 224). Para requisas personales, por último, se exige del Juez decreto fundado en que "*haya motivos suficientes para presumir que (una persona) oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito*" (artículo 230).

En síntesis, todas las medidas de coerción previamente examinadas reconocen como recaudo para su validez la existencia de motivos previos, sin los cuales ni siquiera a un magistrado le está permitido ordenarlas.

---

4. Conforme en el ordenamiento procesal vigente para la Nación: el artículo 283 consagra el principio general de necesidad de orden judicial para una detención y el artículo 284 autoriza las detenciones policiales sin orden judicial solo en supuestos taxativamente contemplados tales como flagrancia, fuga, o la concurrencia de (i) indicios vehementes de culpabilidad y (ii) peligro inminente de fuga; artículo 224 que exige orden judicial de allanamiento y registro de lugares, salvo las limitadas excepciones del artículo 227; el artículo 230 que exige orden judicial de secuestro para los objetos que una persona oculta en su cuerpo.

5. Es para mí claro que al señalar esto la Corte interpretó el referido artículo 18 de la Constitución, de manera de sentar el principio de que es exigencia del mismo que un allanamiento, salvo casos de urgencia, debe estar precedido de orden judicial. Es que si no fuera así, la Corte habría carecido de jurisdicción para conocer de ese caso.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3. Como mínimo ese mismo recaudo le es exigible a la Policía cuando actúa en casos de urgencia

El análisis de las disposiciones procesales reglamentarias de las garantías constitucionales en juego muestra este sano principio. Cuando la Policía actúa sin orden judicial, invocando razones de urgencia, ella está como mínimo constreñida por los mismos recaudos que demandan la existencia de motivos previos para actuar. En realidad, hay casos donde es claro que a la Policía se le está exigiendo más que al Juez. Así, mientras que según vimos para una detención por orden judicial alcanza con que haya motivos para recibir declaración indagatoria al imputado -lo cual presupone tan sólo un estado de sospecha, artículo 294 Código Procesal- más la improbabilidad de condena condicional, para una detención policial sin orden de Juez se exige la presencia de los "*indicios vehementes de culpabilidad" y el "peligro de inminente de fuga*" (artículo 284), lo cual indica, me parece, un nivel de exigencia aún mayor. En materia de allanamientos, registros y requisas, el legislador ha expresado claramente su intención de que jueguen, respecto de la Policía, los mismos recaudos que guían la actuación de los jueces[6].

La razón por la que entiendo que se está ante un principio sano es la siguiente. Si la Policía tuviera un *standard* de exigencias menor, o sea, si se le permitiera actuar en áreas restrictivas de derechos constitucionales en condiciones en que eso mismo le estuviera vedado a un Juez, es notorio que el principio básico de la preferencia por la intervención de un magistrado se vería notoriamente desdibujado. En ese esquema indeseable, es claro que la Policía carecería de todo incentivo para buscar la orden judicial de allanamiento, detención, registro, etc., puesto que -en ese esquema, reitero, indeseable- la Policía sentiría que es más lo que puede hacer sin orden judicial que actuando con ella.

Por suerte, el examen de las principales disposiciones en la materia me persuaden de que nuestro Derecho no apoya esta desviación de lo aconsejable, y que, en lo que hace a la existencia de motivos previos para actuar, a la Policía le son exigibles como mínimo, los mismos recaudos que a los magistrados[7].

---

6. En materia de requisas urgentes, el legislador nacional ha autorizado a la Policía a efectuarlas "con arreglo al artículo 230", norma que contiene el *standard* de "motivo suficiente", examinado más arriba. En lo relativo a allanamientos y registros de lugares, las situaciones de urgencia contempladas en el artículo 227 son todas demostrativas de que se mantiene el requisito de los "motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito o puede allí efectuarse la detención del imputado". La Cámara de Casación Penal, sin embargo, ha propugnado en algún caso de requisas un criterio distinto, según veremos más adelante.

7. Al resolver el caso *D'Acosta* (CSJN, *Fallos*, 310:85), la Corte Suprema expuso este mismo principio con claridad. Allí el Alto Tribunal consideró válido un primer ingreso domiciliario sin orden judicial en la vivienda del imputado, por entender que se daba la excepción de persecución de un prófugo, contemplada por el Código Procesal. Sin embargo entendió también que un segundo ingreso policial posterior, también sin orden, cuando ya se había satisfecho el propósito del primer ingreso, era contrario a la Constitución. La Corte dijo así que "aunque hubiera mediado orden de allanamiento, la diligencia se hubiera cumplido con el logro de su objeto, en el caso, la aprehensión del prófugo, de modo que la concurrencia de la excepción legal no podría acordar a los preventores mayores facultades que las que hubieran tenido en los casos ordinarios, máxime porque después del primer allanamiento no se dictó providencia judicial alguna que dispusiera la custodia policial del inmueble" (ver considerando 6°).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Hay además otra razón para este esquema general. Es justamente a través de la orden judicial de detención, allanamiento, registro, etc., que se le ponen límites a nuestras fuerzas del orden, de manera de que no transformen su actividad en más allá de lo estrictamente necesario para obtener el fin deseado por el procedimiento coercitivo en cuestión. Así, será en la orden judicial de que se trate que se le indicará al Policía actuante qué es aquello en concreto que está autorizado a registrar, qué lugar en particular puede invadir y qué persona determinada está facultada a detener. Nuevamente, si el principio fuera que la Policía no está constreñida por los mismos recaudos que los magistrados, y que aquélla puede disponer medidas coercitivas en casos o de una manera en que no podrían hacerlo los jueces, todo este esquema de limitaciones a la actuación de las fuerzas del orden cuando ejecutan órdenes judiciales, perdería razón de ser. El principio de que la Policía no debe estar mejor cuando actúa por las suyas que cuando cumple un mandato judicial, exhibe en este punto toda su importancia.

4. Conclusión

En razón de lo expuesto hasta aquí creo que pueden extraerse estas conclusiones:

(a) Existe en nuestro sistema constitucional una preferencia porque las decisiones restrictivas en materia de libertad personal e intimidad queden confiadas a los jueces.
(b) Los jueces están constreñidos por recaudos legales que les impiden conceder órdenes de detención, allanamiento, registro o requisa de lugares o personas, en ausencia de un identificable motivo previo.
(c) Al conceder la orden judicial de detención, registro, requisa, etc., es indispensable que el magistrado imponga al policía que la ejecuta límites a su accionar, de manera de que la medida sea lo menos intrusiva posible en las libertades de los individuos.
(d) La policía está facultada a disponer medidas de coerción sin orden judicial en casos de urgencia, en supuestos en que no sea práctico requerir la orden, por la posibilidad de que el procedimiento se frustre. Ello, según los criterios permisivos adoptados al respecto por el legislador.
(e) Cuando la Policía actúa en estos supuestos de urgencia, es claro que no por ello desaparecen los recaudos de motivo previo para actuar y de límites a la actuación policial, la cual debe estar razonablemente relacionada con dicho motivo previo.
(f) De no observarse estos principios, se corre el grave riesgo de que la Policía sienta que está mejor sin la orden judicial que con ella. O sea, se corre el riesgo de que sienta que sin la orden no necesita un motivo previo para actuar, ni que encuentre límite alguno a lo que está facultada a hacer. Con un esquema así, la vigencia de las garantías constitucionales sufriría un ataque poco menos que letal.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. Algunos criterios jurisprudenciales *(Has recorrido un largo camino, muchacho)*

Numerosos casos jurisprudenciales de los últimos años han servido para poner a prueba al esquema que definí en el capítulo anterior. El balance, debe reconocerse, ha sido en general deficitario para la supervivencia de dicho esquema, con algunas excepciones. Según veremos de inmediato, mientras que en general los tribunales inferiores se mostraron dispuestos a reconocerle a las fuerzas policiales limitaciones sobre la base de los principios vistos recién, la Cámara de Casación Penal pareció casi siempre preocupada por encontrar justificativo a los procedimientos policiales, con utilización de cambiantes y a veces contradictorios fundamentos. Ello, por supuesto, también con excepciones.

1. Criterios limitativos de la actuación policial

1.1. Cámara Federal de la Capital: cuándo no hay ni "causa probable" ni "flagrancia"

Ambas salas de la Cámara Federal de la Capital han sostenido criterios limitativos del accionar policial en el área de detenciones en la vía pública y requisas.

a) Un primer caso relevante es *R., A. s/nulidad*, resuelto por la Sala I, sentencia del 19.3.1996 (*El Derecho*, 168-251). Según el informe policial incorporado a la causa, un inspector policial de civil que realizaba una recorrida con fines de prevención en la zona de la plaza Irlanda interceptó a dos personas que "*se demostraban extremadamente nerviosas y exaltadas*". Se le inspeccionaron sus pertenencias secuestrándoseles colillas de cigarrillos de marihuana.

La defensa efectuó entonces un planteo de nulidad que fue rechazado en primera instancia, con el argumento de que se estaba ante un caso de "urgencia". El Juez dijo además que el hecho de que se hubiera detectado la existencia de sustancias prohibidas constituía un "indicio de que efectivamente existían al momento de la requisa motivos suficientes para presumir que se ocultaban cosas relacionadas con el delito".

La Cámara revocó. Por un lado, señaló que "la búsqueda de cosas relacionadas con un delito en el cuerpo o ropas de una persona, se halla sujeta a fuertes restricciones, en virtud de hallarse en juego el ámbito personal de intimidad constitucionalmente protegido (artículo 18 C.N.)"[8]. Por otro lado, la Cámara hizo también notar que se estaba ante "un acto gravemente restrictivo

8. Esta afirmación de la Cámara importa una toma de posición en un aspecto de la máxima importancia constitucional. Implica aceptar que el artículo 18 de la Carta Magna consagra a favor de los individuos zonas de reserva o intimidad que no pueden ser invadidas en forma arbitraria. Ello, pese a que el texto constitucional solo se refiere a los domicilios, papeles privados y correspondencia epistolar. Una discusión y la exposición de criterios amplios de interpretación como el que parece aceptar la Cámara en este caso, pueden encontrarse en mi trabajo "Derecho constitucional a la privacidad: zonas claras de protección y zonas de penumbra", *LL* 1993-C-752. Un excelente trabajo con análisis tanto de doctrina como de jurisprudencia tocando estos temas, es el de Máximo Langer: "La Requisa Personal en la Jurisprudencia de la Cámara de Casación Penal", *Nueva Doctrina Penal*, Año 1996, página 229. Allí el autor desarrolla el criterio de que el artículo 18 de la C.N. incluye un derecho a la intimidad, siendo más propio hablar de intimidad que de "privacidad".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la libertad personal, que exige que sean analizados cuidadosamente los motivos que lo autoricen".

El párrafo último de la Alzada es revelador de un sano y realista principio. Cada vez que la policía intercepta a una persona en la vía pública, ello implica un avance sobre su libertad de movimientos que merece un firme control en cuanto a las razones previas donde fundar un estado objetivo de indicios de criminalidad. Un "test" quizás de sentido común, aplicable de acuerdo a las variables que examinaremos luego, podría enunciarse así: mientras los policías realizaban su procedimiento de identificación, requisa, registro, solicitud de exhibición de pertenencias, inspección, etc., ¿estaba el imputado en libertad de alejarse del lugar, de habérselo él propuesto?. Si de acuerdo a cómo se sucedieron los hechos la respuesta es negativa -y pienso que así lo será la gran mayoría de las veces- entonces no hay duda de que la libertad constitucionalmente protegida por el artículo 18 se ha visto afectada. Los criterios que surgen del Código Procesal para considerar válidas las detenciones policiales y requisas se volverán entonces operativos -más adelante veremos de qué manera-, sin que puedan legitimarse procedimientos basados en subjetividades o "sospechas" no relacionadas con indicios concretos de culpabilidad.

En línea con estos principios, la Cámara descartó que pudiera hablarse de "flagrancia", como lo había propugnado el Fiscal. Dijo así que:

"*La flagrancia que permite prescindir de orden judicial se da solo en tanto y en cuanto la comisión del delito sea exteriormente reconocible...; es a todas luces incorrecto hablar de flagrancia cuando la comisión del hecho solo pudo ser advertida como consecuencia de la requisa. Dicho de otras palabras, si hubo que recurrir a la requisa fue, justamente, porque no era posible saber desde lo externo qué era lo que R. tenía vinculado a un delito, o, si en suma, 'tenía algo'. En consecuencia, no puede ser ésta la justificación para quebrar la regla que exige orden judicial para requisar*".

Luego de ello, el fallo atacó con dureza la versión policial según la cual el procedimiento estuvo justificado pues el imputado estaba "extremadamente nervioso y exaltado". Señaló así que se estaba ante una fundamentación ambigua, y por lo tanto insuficiente para prescindir de la consulta y previa orden del Juez. En el mismo sentido agregó que para permitir una revisión jurisdiccional de actos de este tipo los fundamentos de la decisión policial deben ser explícitos, no siendo válido que ellos queden ocultos en la mente del funcionario.

Por último, la Cámara entendió que la "urgencia" de que habla el artículo 184 inciso 5° del Código Procesal debía surgir de "*pautas objetivas que aparezcan expresadas en el acto*", lo cual estuvo ausente en este caso donde se utilizaron fórmulas vagas y estereotipadas, aplicables a una infinita cantidad de situaciones.

b) Otro fallo de la Cámara Federal de la Capital de importancia, esta vez por su Sala II, es el recaído en la causa *F. s/infracción Ley 23.737*, sentencia del 12.4.95 (*El Derecho*, 163-249). Allí agentes policiales ingresaron a un local de videojuegos, donde encontraron a un grupo de jóvenes, algunos menores de edad. Según el informe policial, "*ante la posibilidad de encontrarse en poder de alguno de ellos* (no se especificó qué) *procedieron con fines preventivos a efectuar una requisa minuciosa de cada uno de ellos*". Debajo del calzoncillo de uno de los jóvenes así como en el bolsillo trasero de su pantalón aparecieron sustancias estupefacientes.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ante un planteo de nulidad de la defensa, rechazado por el Juez de 1° Instancia, la causa llegó a la Cámara por vía de apelación. Esta anuló el procedimiento, señalando que "*se hallaba en juego el ámbito personal de intimidad de sustento constitucional (artículo 18), tratándose sin lugar a dudas de un acto gravemente restrictivo de la libertad personal*". La Cámara invocó también algunas normas contenidas en Pactos internacionales (artículo 12, Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 17, inciso 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y artículo 11, inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos), que proscriben en general las injerencias arbitrarias en la privacidad de las personas.

Luego, la Cámara analizó si el *standard* legal para una requisa contemplado en el artículo 184 inciso 5° del Código Procesal estaba presente, señalando así que al momento de actuar los policías no habían tenido "*motivo suficiente para presumir que se ocultan cosas relacionadas con un delito*". Con lenguaje categórico agregó que lo que el caso trasuntaba era "*una actividad meramente caprichosa por parte de la autoridad*". También dijo, como criterio de interpretación relevante, que la posible razón de urgencia en la policía para actuar sin orden judicial no eliminaba la necesidad de los motivos suficientes para actuar, ya que el recaudo de "urgencia" era además de la concurrencia de dichos motivos suficientes.

La Cámara hizo notar que en el derecho constitucional estadounidense jugaban en general criterios equivalentes, al requerirse para la procedencia de un arresto una "causa probable", entendiéndose que ésta concurre "*cuando los hechos y circunstancias de conocimiento de los funcionarios que protagonizan el arresto y acerca de los cuales tienen ellos una información razonablemente fidedigna, son suficientes en sí mismos para justificar que un hombre de prudencia razonable crea que se ha cometido o se está cometiendo un delito*". Con diversas citas jurisprudenciales (en especial la del caso *Terry v. Ohio*, (393 US 1, 1968), al que me referiré luego), la Cámara señaló también que en ciertos casos de riesgo para los policías por la posibilidad de que los imputados estén armados, ese recaudo de "causa probable" podía descender a uno algo menor de "sospecha razonable" para considerar válida una requisa de las ropas del imputado.

Por último, con argumentos similares a los utilizados por la Sala I en el caso *R..A* visto recién, se consideró que éste no era un supuesto de "flagrancia", puesto que justamente fue necesaria la requisa inválida para descubrir la existencia de sustancias estupefacientes que no eran observables desde el exterior.

1.2. Cámara Federal de San Martín: "necesidad de datos concretos y objetivos"

La Sala II de la Cámara Federal de San Martín, al fallar el caso *Arroyo*, sentencia del 20.6.96 (*La Ley*, ejemplar del día 2 de febrero de 1998, página 2), se pronunció en un caso de un procedimiento policial de requisa de personas que estaban en un local bailable nocturno. De la campera de uno de los requisados se secuestraron estupefacientes. En defensa de su procedimiento la Policía había invocado que en los locales nocturnos el consumo de droga aumenta los sábados por la noche.

El voto de la mayoría hizo notar que no existía la necesaria situación de sospecha razonable, pues ésta "*debe sustentarse en datos concretos y objetivos*

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

–tareas de inteligencia, seguimientos o denuncias- que adjudiquen cabalmente a determinado sitio o a una o varias personas, comportamientos o actividades relacionadas con la temática que hoy nos ocupa".

1.3. Cámara de Apelaciones de la Capital: cuándo no hay ni "flagrancia" ni "indicios vehementes de culpabilidad"

En el caso *Páez, Hernán*, la Cámara de Apelaciones de la Capital, por su Sala I (sentencia del 22.4.97, *La Ley* 1998-B-360) se pronunció sobre hechos parecidos a los de los casos anteriores, sentando criterios igualmente limitativos de las facultades policiales. Un oficial de policía había interceptado al imputado mientras éste caminaba por una avenida, en razón –según el policía interviniente- de que aquél había comenzado a "*mostrarse nervioso*" ante su presencia. El imputado fue entonces detenido en presencia de dos testigos, invitándoselo a que exhibiera sus pertenencias. Ello posibilitó el secuestro de una tarjeta de crédito expedida a nombre de un tercero, quien había denunciado su robo días atrás. La defensa del imputado impugnó la validez del procedimiento policial.

En un fallo breve pero con mucho contenido, la Cámara hizo lugar al planteo de nulidad. Recordó la fórmula del artículo 18 de la Constitución que declara que "nadie será arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente", señalando que la reglamentación a esta garantía estaba dada, por un lado, por el Código Procesal de la Nación. Este, en su artículo 284, incorporó la facultad policial de detener en los supuestos de flagrancia, fuga, y excepcionalmente, en caso de existir indicios vehementes de culpabilidad y peligro inminente de fuga. La otra posibilidad de detención es la que surge del decreto ley 333/58 referida a la llamada detención por averiguación de antecedentes. Luego de ello, la Cámara hizo notar que en este caso no había existido flagrancia, ni tampoco indicios vehementes de culpabilidad, sumados al peligro de fuga. Tampoco había, agregó, ninguna evidencia seria o de entidad como para presumir que se estaba por cometer un ilícito, según el lenguaje del artículo 333/58 [9].

La Cámara concluyó transcribiendo el claro lenguaje utilizado por los Jueces de la Corte Suprema Moliné O'Connor, Levene y Nazareno en el caso *Daray* (*La Ley*, 1995-B-352), cuando, al interpretar la garantía contra los arrestos arbitrarios del artículo 18 C.N., señalaron que:

"(...) esta exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable, permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y, al mismo tiempo, proscribir que cualquier habitante esté expuesto, en cualquier circunstancia y momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad".

1.4. Justicia Federal de Paraná: que haya "motivos suficientes"

Un muestrario de arbitrariedades policiales lo constituye el caso *Becchi*, resuelto por el Tribunal Oral Criminal Federal de Paraná (sentencia del

9. De acuerdo al artículo 5, decreto Ley 333/58, los oficiales de Policía están autorizados a detener personas fuera de los supuestos previstos por el ordenamiento procesal penal, en caso de existir "circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional", siempre que además dicha persona no justificase debidamente su identidad.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

18.12.96, *La Ley* 1998-B-408). Oficiales de la Policía habían observado a unas personas en una intersección próxima a una plaza, ascendiendo a un automóvil. Según el parte policial que da inicio a las actuaciones, a los oficiales actuantes les llamó la atención que entre dichas personas se hallaban "*conocidos consumidores de estupefacientes, los cuales poseen causa penal por dicho motivo*". También se hizo notar que ellos iban acompañados por el imputado Becchi "*sobre quien existe el rumor que se está dedicando a la venta de estupefacientes en pequeñas cantidades en la ciudad*".

El Tribunal Oral de Paraná explicó que con estos inexistentes fundamentos los policías procedieron a identificar a los integrantes del grupo, y registrarlos con resultado negativo. "Llamándoles la atención" (sic) que uno de ellos tuviese en su poder la cantidad de $ 85, los policías procedieron al arresto de cuatro de ellos y a la interdicción del automóvil. Sobre esta base (si así puede llamársele), los oficiales de policía abrieron un sumario de prevención por supuesta infracción a la ley de estupefacientes, requiriéndole al Juez de turno una orden de allanamiento para el domicilio de Becchi, orden que el magistrado increíblemente concedió. En la inspección del inmueble se encontraron cigarrillos de marihuana, en la habitación que ocupaba Becchi.

En lo que aquí interesa, el Tribunal Oral actuante entendió que tanto la requisa de las personas como el registro del automotor con el que se iniciaron las actuaciones, carecían de todo fundamento legal. Con remisión al lenguaje del artículo 230 del Código Procesal, dijo que: "*la requisa por autoridad policial, para ser válida, debe contar con el estado de sospecha que exige el artículo 230 ['(...) que haya motivos suficientes (...)'], ya que no puede pensarse que la Policía pueda estar exenta de lo que es obligatorio para el Juez, y que hubiera urgencia que impidiere gestionar la orden judicial pertinente, como lo reclama el artículo 184, inciso 5°*".

En el caso, señaló el Tribunal, se careció de un hecho donde fundar las sospecha, contándose tan solo con la calidad de las personas involucradas.

En lo relativo a la detención de los imputados y la inspección del automóvil, el Tribunal actuante ratificó que se estaba ante procedimientos violatorios de garantías constitucionales, por total ausencia de flagrancia o de indicios vehementes de culpabilidad. Se invocó así la doctrina del caso *Daray* resuelto por la Corte Suprema, según la interpretación allí consignada de la cláusula sobre arrestos contenida en el artículo 18 de la Constitución.

2. Criterios permisivos de la Cámara de Casación Penal

Aquí es donde este trabajo se vuelve más complicado. Según veremos en un momento, las distintas salas de la Cámara de Casación Penal han exhibido desde un comienzo criterios no uniformes y, en ocasiones difíciles de compatibilizar con otros, anunciados incluso dentro de un mismo fallo.

Para facilitar la comprensión, tal vez sea conveniente agrupar las cuestiones más relevantes por temas.

2.1. El argumento de la "flagrancia"

(A) Sin perjuicio de apoyar su fallo en consideraciones adicionales, en más de una ocasión la Cámara de Casación Penal entendió que el proceder

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

policial que culminó en una requisa donde se secuestraron elementos incriminatorios, estaba justificado por darse un supuesto de "flagrancia".

a) En el caso *Romero Saucedo*, resuelto por la Sala III, fallo del 3.3.95 (*J.A.* 1995-III-553), la Casación dejó sin efecto un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín, que había decretado la nulidad del procedimiento por el que se detuviera a los imputados, requisándose sus pertenencias. Según el fallo, en razón de tareas de inteligencia que venían cumpliéndose desde hacía una semana, tres oficiales de policía interceptaron a dos jóvenes en la vía pública, siendo "invitados" a exhibir sus pertenencias personales. Se les secuestraron sustancias tóxicas de consumo prohibido, siendo entonces detenidos e informados de sus derechos.

En lo que aquí interesa, la Casación respondió al argumento de que se estaba ante un procedimiento arbitrario, señalando:

"*Que las sospechas, señales, indicios o datos sobre la actividad ilegal de Romero Saucedo y Ferreyra Samaniego estaban bien fundadas no puede ser discutido: configuraba un supuesto de flagrancia, ya que se sorprende a los sujetos con el objeto, efecto o instrumento del delito, y ello –con arreglo a las pautas del artículo 285 del C.P.P.N.*[10] *- evidencia que las sospecha originada en el ánimo de los preventores quedó corroborada de modo indiscutible. Lejos entonces está el arresto de ser arbitrario o abusivo cuando la situación de flagrancia lo justificaba al imponerles a los policías el deber de actuar, aun sin orden judicial, tal cual lo estipula el artículo 284 inciso 4° del código de rito*".

b) La misma Sala III, en el caso *Silvera Silva*, resuelto el 5.5.95 invocó nuevamente el concepto de "flagrancia". Según el sumario de prevención, oficiales de policía habían procedido a "*identificar*" a un músico uruguayo que se encontraba "*apostado*" en las inmediaciones de un parque en horas de la tarde. Entonces, "*ante la evidencia de sospecha y en presencia de dos testigos (se) secuestra del interior de un bolso que portaba dos envoltorios de papel que contenían 1,1, gramos de (...) clorhidrato de cocaína*".

Junto con otros argumentos que serán objeto de posterior análisis, el tribunal repitió el criterio de *Romero Saucedo* acerca de que éste era un supuesto de flagrancia en los términos del artículo 285 del Código Procesal, al haberse "*sorprendido al sujeto con el objeto, efecto o instrumento del delito*".

c) En el caso *Barbeito*, resuelto por la Sala II de la misma Cámara de Casación se invocó –también junto a otros fundamentos- el concepto de "flagrancia" (fallo del 14.6.94, *J.A.*, 1995-I-581). Allí el sumario de prevención relata estos hechos: "*Personal policial de (...) Ramos Mejía divisó en la intersección de las calles (...) la presencia de una persona de sexo masculino, mayor de edad, que portaba una bolsa de nylon negra tipo consorcio y que al divisar a la comisión policial empieza a caminar rápidamente, motivo por el cual deciden proceder a su identificación*".

Sin que se entienda bien qué ocurrió en el ínterin, el fallo da cuenta que luego de la identificación del imputado los policías requisaron la bolsa de

10. El artículo 285 del Código Procesal para la Nación dice: "Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nylon en cuestión, encontrando en su interior un arma. La subsiguiente requisa de las ropas del imputado arrojó el hallazgo de sustancias estupefacientes.

Dentro de una fundamentación más vasta sobre la que volveré luego, el procedimiento policial fue considerado válido, al señalarse:

"(...) tampoco puede pasarse por alto que en las circunstancias vistas la tenencia de la droga por parte de Barbeito configuró un supuesto de flagrancia, según lo especifica el artículo 285 del Código Procesal, lo que imponía a los funcionarios policiales el deber de actuar, aun sin orden judicial, como reza el artículo 284, inciso 4° del texto legal de forma (...)"[11] . Es oportuno recordar que si bien el caso más característico, conocido como flagrancia propiamente dicha, no va más allá de la sorpresa en el acto mismo de la comisión del hecho, esto es durante su ejecución, puede captarse también un momento inmediatamente posterior ligado en forma directa a esa ejecución cuando no obstante haber concluido, los autores y cómplices no hayan alcanzado a apartarse del lugar donde cometieron el hecho[12] .

d) Un último caso para mencionar es *Batalla,* también resuelto por la Sala II de la Cámara de Casación Penal (sentencia del 28.9.1994). Allí la policía había recibido una denuncia anónima por la cual se le hacía saber que "*en un determinado lugar de la localidad de Pablo Nogués una persona denominada 'loco' o 'el flaco Jorge' estaría comercializando estupefacientes*". Con esos antecedentes dos policías se dirigieron a una esquina de esa localidad, "*interceptando*" (ésa es la palabra que se repite en las actas policiales) a una persona que se encontraba en poder de una bolsa de plástico. La requisa de la bolsa permitió detectar en su interior clorhidrato de cocaína, una balanza, una pesa y otros elementos afines.

El Tribunal Oral Federal de San Martín decretó la nulidad de la detención, fallo que fue revocado por la Casación con utilización, entre otros, del siguiente argumento:

"*El tribunal (oral) para arribar a la conclusión de nulidad, concluye que no se trata de un caso típico de flagrancia que autoriza la detención sin orden de judicial; sin embargo el comentario de dicho artículo*[13]*, sostiene que los supuestos previstos son la detención de quien intenta cometer un delito, lo que es función específica de la policía. Por su parte el artículo 285, al definir la flagrancia, sostiene que ésta existe cuando el autor del hecho es sorprendido (...) mientras presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito. Batalla fue interceptado con una bolsa conteniendo una sustancia blanca similar al clorhidrato de cocaína (...) Por ello, estimo que la resolución recurrida no constituye derivación razonada del derecho vigente (...)*" (del voto concurrente de la Dra. Durañona y Vedia).

(B) Los casos precedentes muestran que por los menos dos salas de la Cámara de Casación Penal están dispuestas a considerar válidos procedimientos

---

11. El artículo 284 inciso 4° del Código Procesal de la Nación establece la obligación de los funcionarios policiales de detener, aun sin orden judicial, "a quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad".

12. Conforme Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* T. V, páginas 288/289.

13. Conforme Levene, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Nación comentado y concordado,* página 242.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

policiales que culminan en una requisa donde se obtienen elementos cuya tenencia constituye delito, con el argumento de que se está ante un caso de" flagrancia" en los términos de la ley procesal. Por la autoridad y jerarquía que ese tribunal tiene dentro de nuestra estructura judicial, el principio precedente merece un análisis especial.

Por lo pronto, tengo mis serias dudas de que el lenguaje del Código Procesal para la Nación apoye la interpretación que sugiere la Casación. Tanto el artículo 284 inciso 1° que autoriza las detenciones policiales sin orden judicial cuando se intentare un delito "*en el momento de disponerse a cometerlo*", como el 285 según el cual "*hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después*", parecen cubrir hipótesis bastante distintas de las que ilustran los casos precedentes. En efecto, recuérdese que en todos ellos la requisa policial fue necesaria porque no se estaba frente a un delito cuya comisión fuera observable *antes* del procedimiento. Vale decir, en ningún caso los imputados fueron en realidad "*sorprendidos en el momento de cometer*" el delito, sino que más bien el delito en cuestión –tenencia de drogas, de armas, etc.- fue "*detectado*" como *consecuencia* de la requisa, lo cual parece una cosa bien distinta[14].

Tampoco puede decirse que en esos casos los imputados fueron avistados "*en el momento de disponerse a cometer*" el delito, dado que la tenencia de efectos prohibidos es uno de los llamados delitos continuos o permanentes, que en verdad estaba siendo cometido desde antes de la intervención policial. De la misma forma, tampoco puede sostenerse que estemos ante supuestos donde el autor del hecho es sorprendido "*inmediatamente después*" de cometer el delito. Es que, nuevamente, si estamos en presencia de delitos permanentes, es obvio que su comisión se mantiene durante todo el tiempo en que se *está teniendo* el material prohibido.

Pero al margen de esta cuestión semántica, creo que una técnica de interpretación razonable de normas jurídicas es la que propugna lecturas estrictas y armónicas de cualquier disposición que restrinja el goce de los derechos constitucionales. Así, si fuera válido requisar las pertenencias de una persona porque sí, con el argumento de que ése es un caso de "flagrancia", no se entendería entonces para qué el legislador se ha preocupado en sentar límites a las facultades tanto de jueces como de la policía en esta área.

En efecto, habiéndose condicionado la facultad *de los jueces* para ordenar una requisa a que "*haya motivos suficientes para presumir que (una persona) oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito*" (artículo 230 Código Procesal), norma a la cual debe la policía ajustar su accionar en las requisas urgentes (conforme artículo 184, inciso 5°), cabe preguntarse qué sentido tienen estas disposiciones si de todas maneras vamos a validar cualquier procedimiento por más arbitrario que parezca, sobre la base de su resultado.

---

14. En el caso *Minnesota v. Dickerson*, 113 S.Ct. 2130 (1993), la Corte Suprema de los Estados Unidos hizo notar que la requisa policial de una persona que concluyó con el secuestro de estupefacientes había excedido los límites de un procedimiento válido. Señaló así que estaba de acuerdo con el criterio del tribunal inferior que había invalidado el procedimiento, puesto que el policía recién había determinado que un bulto que presentaba el imputado en su bolsillo contenía una sustancia prohibida, después de palpar la parte exterior de las ropas de aquél.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En la interpretación de la Casación, en verdad, parece estar propugnándose algo tan absurdo como esto. El recaudo de la existencia de un motivo previo para invadir la privacidad de una persona juega tan solo para las requisas infructuosas. Ello, puesto que si el procedimiento es fructífero y se descubre algún elemento incriminante, entonces la hipótesis de "flagrancia" desplazará las exigencias legales contenidas en las normas del párrafo anterior. Pero además, como de ordinario las requisas que interesan en un proceso penal son aquéllas de las que se deriva la obtención de elementos incriminatorios, tenemos que la interpretación de la Casación conduce a que normas específicamente dictadas para eliminar la arbitrariedad estatal (los artículos 230 y 184 inciso 5° Código Procesal Penal) se volverían totalmente inútiles en el momento en que más necesitamos de ellas.

En suma, una interpretación de ciertas normas (la de los artículos 284 y 285 Código Procesal Penal), que lleva a que otras normas (artículos 230 y 184 inciso5°) vean reducido su campo de aplicación prácticamente a cero, es en mi opinión una interpretación legal inválida.

2.2. En materia de requisas, la policía tendría más facultades que los jueces

Aunque suene extraño, éste es el criterio que surge del caso *Vicente, Ana María*, resuelto por la Sala I de la Cámara de Casación (fallo del 2.11.1994, *J.A.*, 1995-II-569).

Según el acta policial, a raíz de un llamado anónimo informando que en una determinada vivienda su propietario, apodado "clavito", comerciaba con estupefacientes, la Policía inició tareas de vigilancia en el lugar. Así, se vio que tres personas llegaban en un automóvil a dicha vivienda. El acta describe entonces que una de esas personas, de sexo femenino "*desciende y se dirige al domicilio indicado, pasado un breve lapso de tiempo regresa al rodado, previo demostrar haber llevado a cabo la compra de la droga*" (sic). Sin que se aclare en qué habría basado la Policía dicha conclusión, la imputada fue perseguida, detenida, y registrada en la Seccional de Policía, encontrándosele entre sus ropas cocaína.

Llegado el caso al Tribunal Oral Federal N° 2 de San Martín, éste anuló el procedimiento de secuestro de la droga, entendiendo que se había prescindido de la orden judicial que prescribe el artículo 230 del Código Procesal, sin que mediaran razones de urgencia.

La Cámara de Casación entendió que el tribunal oral actuante se había equivocado al invocar el artículo 230 del Código de Procedimientos, señalando que por tratarse de un caso de urgencia la disposición aplicable era la del artículo 184 inciso 5° del mismo Código. Esta disposición es la que incluye dentro de las atribuciones de los funcionarios de la policía "*disponer (...) las requisas urgentes con arreglo al artículo 230, dando inmediato aviso al órgano judicial competente*".

El razonamiento de la Casación, con apoyo en lo legislado en el Código de Procedimientos de Córdoba, fue el siguiente. La remisión que el artículo 184 inciso 5° del Código nacional hace en el sentido de que las requisas urgentes serán practicadas "*con arreglo al artículo 230*", no implica exigir de estas requisas sin orden que ellas se sustenten –como indica el referido artículo 230

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

-en la existencia de "*motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito*". Según este fallo, esa remisión sólo apuntaría a que en las requisas sin orden se siga *el procedimiento* que prescribe el artículo 230 en sus párrafos segundo y tercero, en cuanto señalan que la inspección ha de practicarse por persona del mismo sexo del requisado, debiendo labrarse el acta correspondiente[15].

Según la Casación, a esto debería limitarse la remisión efectuada respecto del artículo 230 del Código Procesal, pero no a la exigencia de que haya motivos suficientes para disponer la requisa, según el lenguaje del referido artículo 230.

En su artículo comentado *supra*[16], Máximo Langer responde adecuadamente a esta línea argumental. Por lo pronto, habiendo el legislador nacional hecho en el artículo 184 inciso 5° una remisión global al artículo 230 sin limitación alguna, no es lícito el recorte que se propugna. Pero además de ello, lo grave del criterio defendido por la Casación es que según él, los jueces están más constreñidos que la policía para disponer una requisa. Ello es así puesto que mientras que los jueces sólo pueden disponerlas cuando existan "motivos suficientes", la Policía podría en cambio llevarlas a cabo sin ninguna razón previa.

2.3. El *standard* de la Casación para requisas e interceptaciones en la vía pública: "sospechas", "señales", "presunciones", "urgencias", "indicios" o "datos" (¿basados en qué?)

Los fallos precedentes de la Cámara de Casación Penal fueron en general bastante poco claros acerca de cuál es el nivel de pruebas, indicios o sospechas necesarios para que se justifique interceptar a una persona en la vía pública y requisar sus pertenencias.

La poca claridad a la que me refiero tiene que ver con esto. Seguramente advirtiendo el más que frágil argumento de la "flagrancia", la propia Casación, en los mismos fallos donde se invocó esa supuesta «flagrancia», creyó igualmente necesario indicar que alguna razón previa había para proceder como se hizo. Esta postura, en mi criterio, encierra una contradicción. Es que, si se diera una situación de real flagrancia con un delito cometido en presencia de un policía, es obvio que el procedimiento de detención y requisa de los elementos del delito estaría más que justificado, sin necesidad de elaboraciones acerca de si existían o no "sospechas", "indicios", "motivos suficientes", "semiplena prueba de culpabilidad", o cualquier otro standard imaginable. Mi impresión es que la razón por la que la Casación se embarcó en algunas justificaciones como las que ahora menciono, fue porque en realidad no había ningún estado de "flagrancia" en el sentido ortodoxo de este término.

En *Romero Saucedo* (el caso ya examinado de los jóvenes interceptados en la calle para su identificación personal y requisados, luego de "tareas de inteligencia" cumplidas durante una semana), la Casación habló de la existencia

---

15. El Código cordobés dedica más de un artículo al tema de las requisas dispuestas por orden judicial, habiéndose separado en él la norma que exige la existencia de motivos previos (artículo 231), de la que dispone el procedimiento para practicar la requisa (artículo 232). Cuando el artículo 190 inciso 4° del Código de Córdoba (paralelo del 184 inciso 4° del Código nacional) autoriza las requisas policiales sin orden, refiere que ellas se cumplirán con arreglo a ese artículo 232. Apoyado en estas normas es que la Cámara de Casación sentó el criterio que aquí analizo.

16. Ver nota 8.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de "*sospechas que motivaron a los agentes a efectuar la detención*". Más adelante señaló que para un procedimiento como el cumplido en ese caso "*basta la sospecha*", aun cuando luego agregara el párrafo ya examinado según el cual:

"*Que las sospechas, señales, indicios o datos sobre la actividad ilegal de Romero Saucedo y Ferreira Samaniego estaban bien fundadas no puede ser discutido: configuraba un supuesto de flagrancia ya que se sorprende a los sujetos con el objeto, efecto o instrumento del delito (...)*".

El caso de *Ana María Vicente* también visto (llamada anónima + tareas de inteligencia en un inmueble + personas que llegan en auto, intercambian paquetes y se van + detención + requisa), incorporó al análisis de la cuestión el elemento "urgencia". En efecto, además de traer la cuestionable interpretación de que la remisión del artículo 184 inciso 5° del Código Procesal al 230 no se vincularía con los motivos necesarios para disponer una requisa sino con su procedimiento, la Casación hizo mención del recaudo de "urgencia". Dijo así que: "*aun cuando (...) se exigieran motivos suficientes, estos se encuentran estrechamente vinculados con el requisito de urgencia que resulta insoslayable y es entonces que las discusiones terminan ciniéndose a la existencia de la urgencia y de los motivos suficientes (...) Los motivos suficientes del artículo 230 sustentan la urgencia, pues si los funcionarios no tuvieran motivos suficientes para sospechar de la existencia de objetos criminosos y motivos suficientes para temer por su desaparición, no podrían justificar la urgencia de la requisa*".

Luego de ello, la Cámara hizo notar dos cosas adicionales. Primero, que esos motivos previos "*podrían asimilarse a las presunciones*". Segundo, que "*el resultado de la requisa no puede dejar de evaluarse como dato coadyuvante ex post, a favor de la verosimilitud o suficiencia de los motivos*".

En *Silvera Silva* y *Barbeito* (los otros casos examinados anteriormente), la Casación volvió a utilizar de manera más o menos intercambiable vocablos tales como "*señales*", "*datos*", "*sospechas*", "*estado de sospecha razonable*", "*indicios*", entendiendo que ellos habían estado presentes previo al accionar policial. Ello, como forma de justificar los procedimientos de interceptaciones y requisas de personas, sin perjuicio de insistir en ambos casos que se estaba, además, ante un supuesto de "flagrancia".

2.4. Análisis de estos criterios

(A) Mi primera objeción a estos criterios expuestos por la Casación es la siguiente. Ya sea que hablemos de "señales de criminalidad", de "indicios", de "sospechas", "presunciones", o lo que sea, es bastante opinable que la Policía haya tenido algo de todo eso, cuando adoptó la trascendente decisión de restringir la libertad de una persona en la vía pública. Si se recuerda el caso *Barbeito*, por ejemplo, allí lo único que divisó la Policía fue a un hombre con una bolsa de nylon en la mano, quien, al parecer, habría empezado a caminar más rápido ante la presencia policial. La intecerceptación del imputado y la requisa de la bolsa permitió el secuestro de un arma, y de allí en más es claro que la Policía tuvo motivos suficientes para detenerlo. La pregunta del millón de pesos, por supuesto, es si tales motivos existieron antes del procedimiento policial, y si caminar rápido (o más rápido que antes) portando una bolsa de nylon, es razón suficiente para restringir a alguien en su libertad personal.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En *Silvera Silva*, a su vez, vimos que la Policía consideró del caso "identificar" a un ciudadano uruguayo "apostado en inmediaciones de un parque", y "frente a la evidencia de sospecha" (sic), le secuestraron del interior de un bolso dos envoltorios de papel con cocaína en su interior. Nuevamente no se entiende qué puede tener de "indiciario", "sospechoso", o "presuncional", algo tan inocente como estar en un parque haciendo nada.

En suma, con prescindencia de cuál sea el standard más apropiado -enseguida me referiré a ese punto- lo preocupante es que un tribunal de la jerarquía de la Cámara de Casación considere que un accionar policial limitativo de derechos esenciales esté justificado con tan poco.

(B) La asimilación sugerida en el caso *Ana María Vicente* entre los "motivos suficientes" para una interceptación y requisa con el concepto de "urgencia", es pasible de la siguiente reflexión.

Si lo que se pretende señalar es que la Policía solo está facultada a disponer requisas "urgentes" en los términos del artículo 184 inciso 5° del Código Procesal cuando, además de peligro en la demora, existan motivos suficientes para así proceder -puesto que sino no se estaría ante un real caso de "urgencia"-, entonces la cuestión será solo semántica y sin mayor trascendencia. Ello, puesto que en definitiva le estamos exigiendo a la Policía lo mismo que a los jueces: que no dispongan una medida de tal entidad sin motivos previos. Sólo que, por entenderse que existe el peligro de que si se va a buscar una orden judicial la prueba ha de perderse, es que se autoriza a la Policía a prescindir del recaudo de la orden.

Lo que sí me preocuparía, en cambio, es que se entienda o bien que no se está en verdad ante dos requisitos (motivos previos, más urgencia por el riesgo de que la prueba se pierda), sino en verdad ante uno solo que de alguna forma elimine el más que trascendente recaudo del "motivo previo".

Trataré de ser más claro. Creo que es perfectamente posible pensar en casos donde haya motivos previos pero no-urgencia, como por ejemplo si la policía ha detenido a una persona por entender fundadamente que tiene en su poder documentación falsificada, la cual se encuentra en el interior de un sobre cerrado dirigido a un tercero. En ese caso, me parece, nada impediría que la Policía secuestre el sobre y recabe del Juez la pertinente orden para su apertura[17] . Paralelamente, es posible pensar en casos de "urgencia" pero sin motivos previos. Por ejemplo, si la policía tiene solo la intuición de que un imputado tiene explosivos en su poder, los cuales podrían ser detonados antes de la obtención de la orden judicial de requisa. En ese caso, ante la ausencia de razones objetivas para suponer lo que la policía está suponiendo, no es verdad que existan "*motivos suficientes para presumir que (el imputado) oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito*"[18] , sin perjuicio de la "urgencia" en investigar las pertenencias del imputado.

---

17. Con un razonamiento de este tipo se resolvió en los Estados Unidos el caso *United States v. Chadwick*, 433 US 1 (1977), donde la Corte Suprema sostuvo que aun en el caso de una detención legítima, si el oficial de policía que la practicó se encuentra con un paquete cerrado, el mismo no puede ser abierto sin una orden judicial en ausencia de circunstancias de urgencia para dispensar de la orden. Ello, aun cuando el policía tenga motivos suficientes para presumir que el paquete contiene elementos incriminatorios.

18. Este, recuérdese, es el lenguaje del artículo 230 Código Procesal.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En suma, a los fines del análisis legal que propugno, creo conveniente mantener separados los recaudos de "motivos previos" y "urgencia".

V. ¿Cuáles serían los *standards* correctos?

1. *El standard propio de la requisa en el orden nacional: los motivos suficientes del artículo 230 Código Procesal*

Empecemos por lo más fácil. Si el Código de Procedimientos exige en su artículo 230 que una orden judicial de requisa se apoye en "*motivos suficientes para presumir que* (una persona) *oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito*", entonces es claro que ése es el criterio al que deben tanto los jueces como la Policía ajustar su accionar. La Corte Suprema de la Nación tiene entendido desde hace muchos años que "*toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean solo existen en virtud de sanciones legislativas (...)*"[19] . De allí que, es solo en el texto de la ley donde puede el Estado hallar legitimación para restringir los derechos de los habitantes. Y si la ley ha hablado de "motivos suficientes", no es lícito reemplazar ese standard por algún otro que se apoye en "presunciones", "datos", "señales" o "indicios", salvo claro está que se entienda a todos ellos como sinónimos, lo cual no estoy seguro que sea correcto. Una "señal" o un "dato", como podría ser por ejemplo el originado en una denuncia anónima, no parece ser lo mismo que los "motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito". Esta última terminología, me parece, contiene una exigencia mucho mayor.

2. *Atento a que una requisa presupone una restricción a la libertad, ¿es necesario algo más?*

Esta, es a mi juicio, la cuestión más difícil a resolver. Vimos al comienzo de este trabajo que, aparte de los casos de flagrancia, la policía está autorizada a practicar detenciones sin orden judicial a condición de que existan: (i) indicios vehementes de culpabilidad y (ii) peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación[20].

Ahora bien, parece bastante obvio que durante el lapso de una requisa o de un pedido por parte de la policía de que el imputado exhiba sus pertenencias, la libertad de movimientos de este último se encuentra seriamente limitada. Ante esta realidad las opciones que se abren son varias. Una primera sería entender que a esta restricción a la libertad se le aplica derechamente el standard de los "indicios vehementes de culpabilidad", con lo cual una requisa policial sin orden de juez requeriría en verdad de la concurrencia de: 1) los indicios vehementes propios de toda detención policial y, *además de ello*, 2) los "motivos suficientes" para presumir que la requisa arrojará resultado positivo. En esta hipótesis estaríamos sosteniendo que estamos en presencia de dos "standards" distintos (en cierta medida, la expresión "indicios vehementes" parece sugerir

19. Caso *Cimadamore*, CSJN, *Fallos,* 191:248.
20. Código Procesal de la Nación, artículo 284 inciso 3°.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

algo más que los "motivos suficientes"), y que la presencia de ambos es necesaria para que una requisa policial sin orden de juez sea válida.

Una segunda variante sería pensar que se trata en verdad de un único criterio, y que "indicios vehementes de culpabilidad" y "motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo (...)" son expresiones equivalentes y más o menos intercambiables. La objeción que se me ocurre a esta interpretación es que por alguna razón el legislador no usó exactamente la misma expresión en un caso y en otro, como queriendo indicar que las exigencias propias de una requisa (los "motivos suficientes (...)") no son las mismas que las requeridas para una detención policial (los "indicios vehementes de culpabilidad").

Una tercera posibilidad, que es la que más me seduce, es suponer que el legislador tuvo en cuenta que una requisa policial presupone cierta restricción a la libertad, pero que de todas maneras prefirió asignar a esos casos un *standard* distinto y quizás menos exigente que el de los "indicios vehementes", sentando entonces el recaudo de los "motivos suficientes para presumir (...)".

De esta interpretación se seguirían las siguientes conclusiones. La interceptación de una persona en la vía pública con el exclusivo objetivo de requisarla o de que exhiba pertenencias que ella oculta en su cuerpo, estará gobernada por el artículo 230 del Código Procesal, por cubrir la hipótesis a la que exactamente se refiere ese procedimiento. Pero, claro está, para que se considere satisfecho el recaudo de los "motivos suficientes para presumir" que la requisa arrojará resultado positivo, es necesaria la existencia de motivos en serio. O sea de motivos previos, y no generados mágicamente en función del éxito de la propia requisa. Como lo ha hecho notar la Corte Suprema de los Estados Unidos hace mucho tiempo, una aprehensión o requisa ilegal en su inicio no queda validada por lo que resulte de ella[21] . Paralelamente, "motivos suficientes" son en mi juicio algo mucho más que un "dato", una "presunción", una "señal" o una "denuncia anónima", salvo que a raíz de esa denuncia se hallan cumplido tareas de verificación por parte de la policía que la lleven a suponer que efectivamente hay fundamentos suficientes para presumir que la requisa arrojará un resultado positivo.

En suma, "motivos suficientes" trasunta a mi entender un criterio fuerte de evaluación de la legalidad policial, máxime si el mismo engloba además una privación, bien que momentánea, de la libertad de quien padece ese procedimiento. Demás está decir que no me parece que ese criterio fuerte haya sido seguido por la Cámara de Casación Penal en los casos reseñados previamente[22] .

---

21. *Byars v. United States*, 273 U.S. 28 (1927).

22. Una importante excepción a estos criterios permisivos de la Cámara de Casación es el caso *González*, resuelto por la Sala I con fecha 25.9.1998. Allí la Policía había llevado a cabo un operativo selectivo de requisa de pasajeros recién llegados de un viaje en tren, alegándose "directivas superiores" y "actividades de prevención general". Al imputado González se le secuestraron drogas en su poder. Las razones invocadas por la policía para su requisa fueron el haberse detectado que viajaba sin boleto, y el hecho de que el mismo se encontraba "sumamente nervioso". La Cámara de Casación, con cita de algunos precedentes donde se señaló que una requisa debe estar precedida de un "estado de sospecha razonable", confirmó el fallo absolutorio del imputado. La Casación habló así de las importantes garantías constitucionales en juego tales como la libertad de movimiento, el derecho a la intimidad, a la integridad física y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. Agregó así que el haber viajado sin pasaje era "una mera infracción a los reglamentos ferroviarios", y que las personas retenidas

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3. Requisas no gobernadas por el artículo 230 Código Procesal

Una cuestión también compleja se plantea con las requisas de lugares tales como el interior de un automóvil, un portafolio, etc., que claramente no son "el cuerpo" de una persona y, por tanto, no aparecen gobernadas por el artículo 230 del Código Procesal.

La postura adoptada por la Cámara de Casación Penal en dos trascendentes pronunciamientos[23], fue que la requisa de dichos lugares podía cumplirse sin necesidad de orden judicial. Para no extenderme demasiado sobre este tema, solo diré que si bien coincido con que el artículo 230 del Código de Procedimientos no resulta aplicable a las requisas ajenas al "cuerpo" de una persona, ellas están en cambio cubiertas por el artículo 224 del Código de Procedimientos, que menciona la necesidad de una orden judicial de registro cuando hubiere "*motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito*". En los fallos citados *supra*[24] la Casación rechazó expresamente esta conclusión, señalando que como el artículo 224 del Código Procesal es reglamentario de la cláusula sobre inviolabilidad del domicilio, entonces su alcance no puede ser mayor al del propio concepto de domicilio[25].

Esta posición de la Cámara de Casación es pasible de varias críticas. Por lo pronto, ella parte de una premisa que los fallos no desarrollan y es que el artículo 224 del Código de Procesal sería reglamentario *solo* de la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Vale decir, si uno supone que cuando el referido artículo 224 habla de indiscriminadamente de "lugares" se refiere con exclusividad al domicilio, entonces sí tendría lógica suponer que otros "lugares" que no son domicilio, quedan fuera de esa disposición procesal. Pero entiendo que es posible hacer lecturas más generosas de otras disposiciones de la Carta Magna (la que consagra la inviolabilidad de "la defensa en juicio de la persona y de los derechos", artículo 18 C.N., o la que contempla la existencia de otros derechos constitucionales no enumerados, artículo 33), y concluir entonces que existe un derecho a la intimidad más allá del domicilio, del cual el referido artículo 224 del Código Procesal es también reglamentario.

Pero además de ello, lo grave de la interpretación propugnada por la Cámara de Casación, es que algo tan trascendente como el registro de áreas donde una persona puede haber exhibido una razonable expectativa de privacidad[26], quedaría

---

no se hallaban en ámbitos que por razones de seguridad justificasen inspecciones de prevención general, tal como zonas de frontera, aeropuertos, etc. Tampoco podría la requisa justificarse, añadió el Tribunal, en el "equívoco estado de nerviosismo de los sujetos pasivos de la medida de coerción". Con todos estos antecedentes la Casación indicó que no resultaba arbitraria la conclusión del tribunal de juicio, acerca de que los policías carecieron de motivos suficientes para requisar.

23. Los fallos son los recaídos en los casos *Kolek, LL,* 1994-E-129 y *Longarini, LL,* 1994-E-142, ambos resueltos por la Sala III.

24. Ver nota 23.

25. En *Kolek*, la Casación textualmente dijo: "El Código Procesal Penal es la ley reglamentaria a que se refiere el artículo 18 de la Constitución Nacional para determinar cuándo cede la garantía de la inviolabilidad. Así lo hace a través de sus artículos 224 y siguientes. Aun cuando el primero reza 'en un determinado lugar' hace alusión no a cualquier sitio sino obviamente al que se encuentra amparado por nuestra Carta Magna: el domicilio en un sentido amplio".

26. El criterio de la "razonable expectativa de privacidad" como fundamento para requerir una orden judicial apoyada en "causa probable" para casos de registros y requisas, fue desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir del caso *Katz v. United States*, 389 US 347 (1967).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

totalmente desprovisto de tutela constitucional y legal. En esa interpretación, además, a la Policía se le estaría permitiendo requisar "lugares" tales como automóviles, portafolios, etc., sin una norma expresa que autorice ese proceder, y sin la exigencia de que tales requisas respondan a ningún criterio o pauta limitativa del accionar policial. De allí que considere más razonable la aplicación a este tipo de requisas o registros de las prescripciones del artículo 224 del Código Procesal[27] .

Por último, es verdad nuevamente que en esta clase de registros la libertad de movimientos del imputado puede encontrarse restringida, como sería el caso de un registro de un automóvil con su conductor allí presente, al que le han ordenado que se baje mientras dura la inspección. Tal como vimos antes, acá las opciones serían: o bien adosarle al recaudo de los "motivos para presumir (...)" del artículo 224 la concurrencia de los indicios vehementes de culpabilidad propios de una detención, o bien entender, como creo, que el legislador tuvo ya en cuenta esa circunstancia y prefirió el "standard" quizás menos exigente de los "motivos para presumir (...)".

4. Otras "interceptaciones" en la vía pública como formas de "detención": El caso Yon, Valentín *de la Sala I de la Casación*

Cualquier otra privación de la libertad de un individuo, aunque más no sea momentánea, que no tenga como propósito inicial una requisa (artículo 230 del Código Procesal), o bien –en la interpretación que propugno- el registro de un "lugar" (artículo 224), debería basarse sí en la existencia de "indicios vehementes de culpabilidad y peligro inminente de fuga", conforme prescribe el artículo 284 del Código Procesal. La falta de una hipótesis distinta contemplada por el legislador hace que no quede otro camino que aplicarle el *standard* propio de toda detención. De lo contrario, se estaría ante una restricción a un derecho constitucional básico sin una norma legal que la autorice, en clara infracción al esquema consagrado por nuestra Constitución.

El caso *Yon Valentín*, resuelto por la Sala I de la Cámara de Casación Penal con fecha 8.10.1997, puede ser entendido como una afirmación de este modo de entender la cuestión. Allí personal policial había interceptado en la vía pública a una mujer que se hallaba en compañía de otra persona, sin ningún motivo aparente. La mujer se encontraba con un bebé en brazos y, según describe el acta policial, la detención fue con fines de identificación. Al carecer la imputada de documentos personales se decidió requisarle las pertenencias, encontrándosele sustancias estupefacientes en su poder. Si bien un examen médico realizado con posterioridad señaló que la imputada presentaba "temblor en las manos pudiendo ello corresponder a la ingestión de psicofármacos", lo cierto es que ésta no fue la razón expuesta por la Policía en el acta de detención. La imputada fue condenada por un Tribunal Oral por el delito de tenencia de estupefacientes y el caso llegó a la Cámara de Casación por vía de apelación.

En fallo dividido, la Casación hizo lugar al recurso, declaró la nulidad del procedimiento de detención de la imputada y la absolvió del delito por el que recayera condena.

---

27. Un desarrollo más completo de estas ideas puede encontrarse en mi comentario al caso *Longarini*, cita en nota 23.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El voto en primer término del Dr. Rodríguez Basavilbaso es un ejemplo de la claridad conceptual con que puede resolverse esta cuestión. Su análisis apuntó directamente a determinar si "*la detención de la imputada en la vía pública*" había sido practicada con observancia de las normas que gobiernan "*la facultad policial de detención sin orden judicial*". Así, este voto repasó primero las facultades que surgen del artículo 284 inciso 3° Código Procesal, señalando que a estar a la versión ofrecida por los propios funcionarios policiales, "*la conducta de la imputada, previo a su detención, no ha exhibido... indicios vehementes de culpabilidad, y nada se ha dicho tampoco de que existiera peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de la investigación*". También descartó el Juez Rodríguez Basavilbaso la hipótesis de "flagrancia", diciendo que "*la verificación de la presunta comisión de un delito ha sido posterior a la detención cuya legalidad se analiza*". Obsérvese la trascendencia de esta última afirmación. Surge con claridad de ella que se consideró que la "detención" de la imputada había comenzado *con el acto mismo de su interceptación en la vía pública*, y no recién *después* del hallazgo de la droga en su poder. Sólo así se entiende que se hable una verificación del delito, "*posterior a la detención*". Estándose entonces en presencia de una detención ya en ese momento, es lógico que se centre el análisis en los recaudos propios de toda detención[28].

Por último, el voto que comento señaló que tampoco se estaba en presencia de una detención válida en los términos del decreto Ley 333/58, según texto del artículo 1°, ley 23.950 (la llamada detención por averiguación de antecedentes). Ello, ante la total ausencia de, como prescribe la norma, "*circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad*".

El caso *Yon Valentín* contó con la disidencia de la Dra. Liliana Catucci. El otro vocal, el Dr. Bisordi, adhirió a la posición anulatoria del Dr. Rodríguez Basavilbaso, lamentando que por la conformidad fiscal para la incorporación por lectura de lo sucedido al comienzo del proceso, no se hubieren debatido durante el juicio las condiciones en la que se había producido la detención de la imputada.

Los criterios que la Dra. Catucci expuso en su disidencia, en lo sustancial, fueron recogidos por la mayoría de la Corte de la Nación al resolver recientemente el caso *Fernández Prieto*, con cuyo análisis concluye el presente trabajo.

VI. EL CASO *FERNÁNDEZ PRIETO*: "ACTITUDES SOSPECHOSAS" ES LA CLAVE

Con fecha 12 de noviembre de 1998 la Corte Suprema resolvió el caso *Fernández Prieto*. Tal como veremos, la mayoría de la Corte consideró válido un procedimiento policial basado en la inexplicada afirmación de que los

28. El Fiscal ante la Casación había señalado que la actuación policial estaba justificada en el artículo 183 del Código Procesal, que se refiere a las obligaciones de la Policía de investigar los delitos, individualizar culpables y reunir pruebas, y en el artículo 184 inciso 5° que contempla las requisas urgentes. Al haber este voto enfocado la cuestión en los criterios legales para considerar válida una "detención", es claro que las normas invocadas por la Fiscalía fueron consideradas inaplicables a esta situación.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

imputados estaban en "actitud sospechosa". El tiempo dirá si se ha consagrado en nuestro derecho procesal constitucional un *standard* tan indescifrable como el que parece desprenderse de este caso, con total peligro para la supervivencia de las garantías de la Constitución.

1. Los hechos

Todo lo que sabemos de los hechos del caso es esto. El 26 de mayo de 1992, a las 19 hs., tres personas circulaban por la ciudad de Mar del Plata en un automóvil Renault 12. Personal policial de la división Sustracción Automotores procedió a interceptarlos, alegando que estaban en "actitud sospechosa". Los hicieron descender y, en presencia de testigos, requisaron tanto el baúl del auto como su interior. Encontraron un arma, proyectiles y lo que se describe como "ladrillos característicos de picadura marihuana". La causa penal seguida a partir de allí concluyó con la condena de Alberto Fernández Prieto a la pena de cinco años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes.

Tal como quedaría aclarado durante el proceso, en ningún momento los policías explicaron qué tenía de sospechoso conducir un automóvil a las 19 horas en la ciudad de Mar del Plata, qué comportamiento en particular observaron de los imputados, o si alguna característica del vehículo les sugirió que éste podía ser robado. "Actitud sospechosa", fue lo único que los oficiales del orden invocaron en apoyo de su actividad de coerción.

2. El planteo de la defensa y la doctrina del caso Daray

En el caso *Daray* fallado en diciembre de 1994 una clara mayoría de la Corte Suprema[29] había resuelto que la detención por parte de la Policía, sin orden judicial previa, de una persona que circulaba en un automóvil Mercedez Benz por la ciudad de Mendoza a los fines de proceder a la verificación del vehículo, había sido inconstitucional. Luego de ser interceptado en la vía pública el conductor del vehículo había exhibido la documentación que lo habilitaba a circular regularmente, pese a lo cual fue llevado a dependencias policiales en calidad de "invitado". Ello dio comienzo a un proceso en el que el imputado involucró "espontáneamente" a sus hijos por el delito de contrabando. En ese contexto, la Corte hizo notar que la detención fue violatoria de la garantía del artículo 18 de la Constitución que consagra que "*nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente*". El Alto Tribunal señaló que era notorio que al momento del procedimiento con el que se inició la causa estaban ausentes los indicios vehementes de culpabilidad que exige el ordenamiento procesal, como presupuesto válido para una detención.

Con lenguaje claro los Jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Levene dijeron en esa oportunidad:

"*Esta exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba*

29. CSJN, *Fallos*, 317:1985; *LL*, 1995-B-349. Voto de los Dres. Petracchi, Fayt, Boggiano y López, más el voto concurrente de los Dres. Levene, Moliné O'Connor y Nazareno.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tolerar la detención, y al mismo tiempo proscribir que cualquier habitante esté expuesto en cualquier circunstancia y momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad. De lo actuado en la causa nada persuade de que la autoridad policial haya obrado sobre la base del conocimiento de circunstancias que hiciesen razonable conducir (al imputado) *a la delegación policial y, en todo caso, si esas circunstancias han existido, los agentes policiales las han mantenido 'in pectore' y no han dejado expresión de ellas, lo cual impide disipar toda duda sobre la arbitrariedad del arresto. En esas condiciones, la detención... ha contrariado los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional*".

En razón del criterio generoso de la Corte de *Daray* acerca de la necesidad de que toda detención se apoye en un motivo serio, explicitado por la autoridad policial y no retenido por ésta *"in pectore"*, no sorprende que la defensa de Fernández Prieto invocara este precedente en apoyo de su pretensión anulatoria de todo lo actuado.

3. Lo resuelto por la Corte en Fernández Prieto

La mayoría de la Corte (voto de los Jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez) entendió que el procedimiento policial había sido válido, por lo que correspondía confirmar la sentencia condenatoria recaída respecto de Fernández Prieto. A continuación veremos los principios centrales que se desprenden del fallo.

3.1. Este no fue un caso asimilable a *Daray*. Requisa de automóvil vs. detención

La Corte rechazó en pocas palabras la aplicación al caso de la doctrina de *Daray*, como pretendía la defensa. Dijo así:

"*Contrariamente a lo afirmado por el recurrente, la causa de Fallos, 317:1985 (*se refiere a *Daray) no guarda analogía con la presente, pues en ella se imputaba la ilegitimidad de una detención so pretexto de realizar una mayor verificación de la documentación del vehículo, mientras que en la presente lo que se sostiene es la nulidad de la requisa de un automóvil, de la cual derivó la detención de sus ocupantes"* (considerando 6°).

De este lenguaje cabría inferir que la Corte entendió que lo impugnado por el recurrente había sido en verdad el acto inicial de interceptación y requisa del vehículo, y no en cambio la posterior detención a consecuencia del hallazgo del material incriminatorio. Solo así se comprende que considere este caso como no controlado por *Daray*. Párrafos posteriores del fallo donde se analiza la validez de "*el acto impugnado*" (considerando 15°), o se menciona que "*existían razones de urgencia para no demorar el procedimiento... al tratarse de un vehículo en circulación*" (considerando 16), sugieren igualmente que el análisis del Alto Tribunal tuvo en mira esa parte inicial del proceder policial.

Si así fuera la cuestión, la Corte estaría entendiendo que Fernández Prieto y sus acompañantes no estaban detenidos mientras su auto era requisado por los policías, y que los mismos estaban en libertad de irse dejando a los oficiales solos mientras realizaban su procedimiento. Francamente creo que el sentido común se opone a esta manera de entender la cuestión, y dudo mucho de que

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los imputados hubieran podido retirarse del lugar del procedimiento, de habérselo ellos propuesto.

La otra posibilidad, claro está, es que la Corte entienda que los imputados sí estuvieron detenidos durante la requisa del automóvil, pero que la doctrina de *Daray* no juega para este tipo de "interceptaciones" en la vía pública, sino para detenciones "mayores" y que incluyan el traslado del arrestado a una dependencia policial.

3.2. El *standard* de la Corte para una interceptación: ¿basta con invocar una "actitud sospechosa"?

Los distintos fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos que nuestro Alto Tribunal citó en apoyo de su pronunciamiento, sugieren que quizás lo pretendido fue lo siguiente: encontrar bases legales a procedimientos que en verdad importan una privación de la libertad, pero de menor entidad a una "completa" detención[30]. Ello explicaría la invocación de la línea de precedentes abierta a partir del caso *Terry vs. Ohio*[31] en los Estados Unidos, y de otros posteriores donde la Corte de ese país aceptó la validez de requisas y registros de personas basadas en una "sospecha razonable", en vez del recaudo tradicional de "causa probable" enunciado en la Enmienda 4° a la Constitución estadounidense para considerar legítima una detención.

Vamos a suponer a ahora que eso fue lo pretendido por nuestra Corte. Esto es, vamos a suponer que ella estaría dispuesta a aceptar la validez de interceptaciones de personas en la vía pública –con la notoria restricción a la libertad que ello implica- exigiendo menos que los "indicios vehementes de culpabilidad" del ordenamiento procesal, exigencia que sí había consagrado en el precedente de *Daray*.

Si así fuera el caso, creo que es dable precisar dos cosas.

Primero: El caso *Terry* de la Corte norteamericana nació para un contexto bastante distinto del que ilustra nuestro *Fernández Prieto*. En efecto, la misma cita que la Corte nacional trae de *Terry* muestra el siguiente escenario: un policía que enfrenta en la vía pública a personas posiblemente armadas y de quien sospecha están por cometer un robo, al haber sido sorprendidas merodeando frente a un negocio que han inspeccionado repetidamente. Ante el temor por su seguridad, y al no lograr disipar sus sospechas pese a haberse identificado como policía y haber hecho indagaciones acerca de la actividad de los imputados, se lleva a cabo el procedimiento de registro de la parte exterior de las ropas de los imputados en busca de armas[32]. Es claro que los hechos del caso *Fernández Prieto* difieren bastante de este escenario.

Segundo: Otro caso de la jurisprudencia estadounidense también citado por nuestra Corte se refirió a supuestos donde, al analizarse la validez de

30. Vimos ya que nuestro ordenamiento procesal da suficiente solución a este problema, al haber sentado los recaudos que deben gobernar las requisas de personas y los registros de lugares. Conforme así los artículos 224 y 230 del Código Procesal de la Nación.

31. 392 US 1 (1968).

32. El considerando 9° de *Fernández Prieto* tiene una larga transcripción de lo decidido en el referido caso *Terry*. Allí se advierte con claridad que la preocupación de la Corte estadounidense fue la de proveer a la Policía de mayores herramientas para investigar en los casos en que tuvieran motivos para temer sobre su propia seguridad.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

registros y requisas, se admitió la aplicación del standard de "sospecha razonable", en vez del más exigente de "causa probable", propio de una detención[33].

Ahora bien, tanto este caso como otros sobre requisas de automóviles que la Corte argentina también citó, participan a mi juicio de esta característica. La Corte estadounidense se preocupó muy bien en todos ellos de mostrar por qué la Policía había tenido fundadas razones para interceptar a los imputados y requisarles o bien sus pertenencias, o bien el interior del vehículo que conducían[34].

Si uno compara esos casos con los hechos de *Fernández Prieto*, la conclusión que salta a la vista es obvia. Nuestra Corte entendió que la policía había actuado en forma legítima, sin escarbar siquiera mínimamente qué razones hubo para hablar de una "actitud sospechosa" en este caso. Como bien puntualizaron los Jueces que votaron en disidencia, parece claro que contrariando lo que se había afirmado en *Daray*, ahora alcanza con que los funcionarios policiales retengan *in pectore* las razones que los mueven a actuar –si es que existieron -, pues la Corte Suprema habrá de legitimar su proceder[35] .

De ser ello así, entre los criterios mayoritariamente imperantes en la Cámara de Casación Penal y éste que surge del caso *Fernández Prieto*, habremos oficializado para esta área de nuestro derecho la era de los *standards light*.

---

33. El caso es *Alabama v. White*, 496 US 325 (1990), citado en el considerando 10°. Allí la Corte estadounidense lidió con la siguiente cuestión: ante un dato proporcionado por un llamado anónimo relativo a que determinada persona ha de abandonar una vivienda situada en determinado lugar, conducirá determinado vehículo y se dirigirá a otro sitio también determinado, en donde desarrollará una transacción ilícita de material estupefaciente, ¿cuánto de todo ello debe ser efectivamente corroborado por la policía, para que se justifique detener y registrar a la persona que aparentemente está llevando a cabo tales pasos? En el caso en cuestión la Corte estadounidense concluyó que como algunas de las predicciones del informante habían sido corroboradas por la policía, eso había provisto suficiente base para interceptar al imputado y requisarle sus pertenencias, por estar satisfecho el standard de "sospecha razonable".

34. El caso más paradigmático y que la Corte argentina cita, es *United States v. Cortez*, 449 US 411 (1981). El fallo de la Corte estadounidense describe meticulosamente todas las tareas de investigación que la Policía había desarrollado durante un largo período en una zona fronteriza, habitualmente utilizada por quienes se dedican en ese país al transporte de inmigrantes ilegales. El fallo menciona cómo es que se pudo determinar la clase de vehículo utilizado en el pasado, el tipo de huellas que éste solía dejar, la periodicidad con que ocurrían estos cruces ilegales, etc., llegándose a la conclusión de que un vehículo que reunía esas características acababa de cruzar la frontera dejando huellas similares a las anteriores, y se disponía a realizar un intercambio ilegal de inmigrantes. Luego de describir todo eso la Corte de los Estados Unidos concluyó que la detención del vehículo sin orden judicial fue válida, al haberse satisfecho el standard según el cual "el policía interviniente debe tener bases particularizadas y objetivas para sospechar que la persona interceptada se halla envuelta en actividad criminal".

35. Los Dres. Fayt, Petracchi y Bossert, cada uno con su voto, se encargaron prolijamente de señalar esta contradicción entre lo que se había resuelto en *Daray* y lo que la mayoría de *Fernández Prieto* parece dispuesta a tolerar.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La democracia y "el otro": más allá de la democracia deliberativa

Iris Marion Young*

Traducción de Lelia Mooney Sirotinsky

Durante los últimos años, se ha venido promoviendo dentro de los ámbitos académicos representativos del mundo jurídico-político el concepto de la democracia deliberativa como alternativa posible a la teoría de la democracia que se basa en el interés particular. En este ensayo me propongo criticar esta discusión ideal de la democracia. En primer lugar, al restringir su concepto de discusión democrática y limitarlo al de argumento crítico, la gran mayoría de quienes la sustentan académicamente promueven un nivel de discusión sesgado de prejuicios culturales. Éstos, a su vez, producen un efecto silenciador o desvalorizador de ciertas personas o grupos específicos. En otras palabras, quienes sustentan este ideal de democracia apoyan la idea de que aquellos procesos de discusión que buscan lograr la comprensión de los temas públicos deben comenzar con juicios compartidos o bien, fijarse como objetivo propio la obtención del bien común.

Luego de explorar los obstáculos que presenta el ideal de la democracia deliberativa, propongo efectuar algunas revisiones a esta propuesta de la teoría democrática desde lo que denomino democracia comunicativa[1]. En un primer momento, sugiero que debemos observar las diferencias culturales, sociales o intereses particulares como recursos para alcanzar la comprensión de las cuestiones públicas dentro del ámbito de la discusión democrática, en lugar de verlos como divisiones a ser superadas. En segundo lugar, presento una versión más amplia de comunicación democrática. Los saludos, la retórica y la narración de historias son formas de comunicación que, unidas a la argumentación, contribuyen al enriquecimiento de la discusión política.

EL MODELO DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Los teóricos de la democracia deliberativa han contrastado su tesis con lo que denomino el modelo de democracia basado en el interés particular[2]. Las

---

* Iris Marion Young es profesora afiliada a los Departamentos de Filosofía, Ciencias Políticas y Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Pittsburgh. Este trabajo forma parte del Capítulo III del libro de la autora *Intersecting Voices*, Princeton University Press, 1997.

1. He comenzado a desarrollar esta idea de la democracia comunicativa en otro ensayo denominado "Justice and Communicative Democracy", *Politics* en Roger S. Gotlieb ediciones, *Radical Philosophy: Tradition, Counter-Tradition*, Temple University Press, Philadelphia 1993, páginas 23-42.

2. Considero como autores que se ocupan de hacer teoría sobre la democracia deliberativa a Joshua Cohen, "Deliberation and Democratic Legitimacy" en Alan Hamlin y Philip Petite (Editores), *The Good Polity*, Blackwell, London, 1989, páginas 17-34; Thomas Spragen, *Reason and Democracy*, Duke University Press, Durham, N.C., 1990; Benjamin Barber, *Strong Democracy*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1984, aunque Barber no es tan susceptible a las críticas que efectúo como el resto; Cass R. Sunstein, "Beyond the Republican

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

concepciones democráticas basadas en el interés consideran a la democracia, primariamente, como un proceso que habilita a la expresión de las preferencias y demandas individuales que luego son registradas en el voto popular. El objetivo del proceso de toma de decisiones democráticas es decidir quiénes son los líderes y cuáles las leyes y políticas que mejor servirán a la mayor cantidad de personas que, a su vez, son quienes definen sus intereses. Dentro de este proceso, tanto los individuos como los grupos determinan y votan por las políticas que mejor responderán a sus reclamos presumiendo que el resto de los miembros de la *polis* actuarán de manera similar. Así, las decisiones democráticas son el producto de un ejercicio que complementa la consumación de ideas y coaliciones que votan en función de intereses creados.

Aquellos/as que critican a la democracia deliberativa, se oponen a lo que definen y, al mismo tiempo, perciben como un proceso político que se caracteriza por ser irracional y estar privatizado. Bajo este modelo, los ciudadanos y las ciudadanas no deben ni abandonar sus intereses privados ni tampoco reconocer a los demás en un ámbito público donde todos/as discuten sobre su colectividad (entendida como distinta de necesidades y objetivos particulares). Cada ciudadano/a puede contar con una razón particular para alcanzar sus fines individuales pero el resultado final no es racional necesariamente. Por otra parte, tampoco se arriba al mismo por medio de la utilización de algún mecanismo especial de razonamiento[3]. Las personas no necesitan abandonar sus puntos de vista subjetivos para adoptar una visión general o más objetiva sobre los temas políticos. De esta manera, el modelo de democracia que critico también adopta la presunción de que las personas no pueden efectuar manifestaciones a otros/as sobre la justicia o el bien común y, al mismo tiempo, defender tales manifestaciones presentando fundamentos sólidos[4].

Según el proceso deliberativo, los procesos democráticos giran alrededor de la discusión sobre el bien común en lugar de competir por la promoción y obtención del beneficio particular. En otras palabras, es precisamente por medio de la deliberación pública que tanto los ciudadanos como las ciudadanas llegan a transformar sus preferencias privadas en función de los fines públicos, razonan sobre la naturaleza de tales fines y deciden cuál es el mejor camino para hacerlos realidad. Dentro de un ambiente de diálogo libre y abierto, quienes

---

Revival", *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, páginas 1539-90; Frank Michelman, "Traces of Self-Government", *Harvard Law Review*, vol. 100, 1986, páginas 4-77; Jane Mansbridge, "A Deliberative Theory of Interest Representation", en Mark P. Patracca editores, *The Politics of Interests: Interest Groups Transformed*, Westview Press, Boulder, Colo., 1992; John Dryzek, *Discursive Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; James Bohman, "Democracy and Cultural Pluralism", *Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1991. También entiendo a la teoría de la acción comunicativa de Habermas como el fundamento de una teoría de la democracia deliberativa y una parte de mi crítica está orientada a desafiarla. Más adelante me ocuparé de algunos de los trabajos de Michael Walzer que se relacionan con esta propuesta general de la teoría democrática.

3. Tanto Spragens como Bohman se refieren a la irracionalidad potencial de la teoría de la democracia basada en el interés personal. Ver también Jack Knight y James Johnson en "Aggregation and Deliberation: On the Possibility of Democratic Legitimacy", *Political Theory*, vol. 22 no. 2, Mayo 1994, páginas 277-98.

4. Para tener una afirmación pronunciada sobre la imposibilidad de efectuar reclamos morales en la vida pública consultar John Burke, *Bureaucratic Respomsibility*, John Hopkins University, Baltimore, 1989.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

participan de él pueden evaluar y, aún, desafiar estas afirmaciones y razones. Los/as participantes son cuidadosos/as cuando separan las buenas de las malas razones y los argumentos válidos de los inválidos descalificando todos aquellos discursos y razones no válidas que no están bien defendidas ignorando o descontando las alabanzas retóricas. De esta manera, al priorizar y criticar tanto los reclamos como las afirmaciones, sus participantes no descansan hasta que "la fuerza del mejor argumento" obliga a aceptar un resultado colectivo.

Concuerdo con las críticas esbozadas en contra de este modelo de democracia cuando afirman que es mejor contar con una concepción de democracia que entiende al proceso político como la reunión de personas que deciden sobre fines y políticas públicas de una manera racional. No obstante contar con una mayor presencia en las prácticas y actitudes de la democracia occidental, el modelo de la democracia deliberativa también ejerce una gran influencia sobre las normas de la razón pública que aparecen en los procesos actuales de las democracias liberales tal como las conocemos. La democracia deliberativa aparece más corrientemente en las prácticas que utilizamos dentro de las estructuras decisorias de las asociaciones voluntarias que operan fuera del estado. Pero sucede que los procesos de formación y diseño de políticas que se producen en las legislaturas o audiencias públicas exhiben, algunas veces, peculiaridades propias del modelo deliberativo. Teniendo en cuenta el grado en que las democracias desalientan la deliberación y alientan una orientación consumidora-privatista de la política por parte de los/as ciudadanos/as, éstas deben ser reformadas para que creen mayores oportunidades de deliberación. Sin embargo, a continuación esgrimo dos críticas al modelo de la democracia deliberativa que aparecen en su articulación tradicional. Su tendencia a restringir la discusión democrática a meros argumentos trae implícitamente aparejados prejuicios culturales que pueden conducir a exclusiones de personas o grupos en la práctica. Esta presunción de que la unidad es o el punto de partida o el objetivo de la discusión democrática podría traer aparejadas serias consecuencias excluyentes.

CONSECUENCIAS EXCLUYENTES DE LA DELIBERACIÓN

Hasta aquí he argumentado que el modelo deliberativo de la democracia ofrece una virtud primaria: promueve una concepción de la razón sobre el poder en la política. No se deben aceptar políticas porque hayan sido el resultado de que los intereses más poderosos hayan ganado sino porque los ciudadanos y las ciudadanas, o sus representantes, han determinado en conjunto su corrección luego de escuchar y criticar distintas razones. No obstante existir algunas tendencias elitistas dentro del republicanismo tradicional, la mayoría de quienes contemporáneamente apoyan la deliberación afirman que una democracia deliberativa es potencialmente más inclusiva e igualitaria que una democracia basada en el interés particular[5].

5. Fishkin, James es la excepción aquí. En efecto, él afirma que existe una lucha entre la igualdad política y la participación. Además, sugiere que al dar a cada ciudadano/a una influencia igualitaria sobre los resultados se está imposibilitando el proceso deliberativo debido a que en una democracia a gran escala esto significa una persona/un voto en elecciones y referéndums. Ver *op. cit.*

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Joshua Cohen presenta un cuadro claro de las condiciones con que debe contar una democracia deliberativa ideal[6]. Su formulación es cercana al ideal de discurso propuesto por Habermas el cual tiene por objetivo el lograr la comprensión de los temas públicos, aspecto sobre el cual se basa John Dryzek como sustento de su concepción de la democracia discursiva[7]. En el ideal que critico, sus participantes comienzan tratando un problema político con la mente abierta para encontrar la solución. No se encuentran cegados por la existencia de la autoridad de normas o requerimientos previos. El proceso de la discusión política consta de argumentación razonada. Se presentan propuestas y se critican propuestas. Cada persona concuerda con una conclusión sólo en función de "la fuerza del mejor argumento". Para que éste sea racional, quienes forman parte de la discusión deben encontrarse en condiciones equitativas de libertad e igualdad. Cada persona debe contar con la misma oportunidad para efectuar propuestas y criticarlas y su situación discursiva debe estar libre de dominación alguna. Nadie puede estar en la posición de amenazar o coaccionar al "otro" para que acepten o rechacen ciertas propuestas. El objetivo de la deliberación es arribar al consenso; aún cuando esto no sea posible y como producto de la discusión se deba recurrir al voto, su resultado surge del juicio colectivo y no del agregado de preferencias privadas.

Quienes apoyan a este modelo democrático tienden a asumir que es suficiente categorizar o poner entre paréntesis al poder político y económico para lograr que quienes hablan se encuentren en un plano de igualdad. Sin embargo, fracasan en notar que el poder social que tiene capacidad de impedir que las personas sean iguales no sólo deriva de un factor de dependencia económica o dominación política sino también de un sentido internalizado del derecho a hablar o no hablar y de la devaluación sobre el estilo discursivo y elevación de otros. El ideal deliberativo sostiene que cuando logramos eliminar la influencia del poder político y económico la manera de hablar y entender de las personas continuará siendo el mismo. Sin embargo, esta afirmación sólo será cierta si logramos eliminar tanto sus diferencias culturales como sus diferentes posiciones sociales. En suma, el modelo de la democracia deliberativa tiende a asumir que la deliberación es neutral culturalmente y, al mismo tiempo, universal. Una teoría de la democracia comunicativa que se centra en las diferencias sociales reconoce la especificidad cultural de las prácticas deliberativas y propone un modelo de comunicación más inclusivo.

El modelo deliberativo de comunicación deriva de contextos institucionales específicos propios del occidente moderno tales como el debate científico, los parlamentos modernos y los tribunales (cada uno cuenta con antecedentes que se remontan a la filosofía antigua y la política griega y romana, como así también, hasta la academia medieval). Estas fueron algunas de las instituciones aspirantes de la revolución burguesa que fueron exitosas transformándose en las instituciones gobernantes. Tanto sus formas institucionales y reglamentarias como sus estilos retóricos y culturales han definido el sentido de la razón misma en el mundo moderno. Sin embargo, se han caracterizado por ser

6. Cohen, *op. cit.*, nota 2, páginas 22-23.

7. Habermas, *A Theory of Communicative Action*, vol. 1: *Reason and the Rationalization of Society*, Beacon Press, Boston, 1981; Dryzek, *Discursive Democracy,* capítulos 1 y 2.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

elitistas y exclusivas. Estas exclusiones delimitan el concepto que tienen de la deliberación. Todas han sido instituciones dominadas por los hombres y han existido en sociedades identificadas por la clase y la raza. No obstante, el reclamo efectuado por las formas deliberativas de contar con reuniones ordenadas para poder expresar la razón puramente universal, las reglas de la deliberación son culturalmente específicas y generalmente actúan como formas de poder que silencian o desvalorizan el discurso de algunas personas.

Los debates parlamentarios o los alegatos ante los tribunales no son simplemente foros públicos donde toda la gente cuenta con el derecho de expresar sus reclamos y dar razones que exteriorizan su propio juicio. Por el contrario, en lugar de definir la discusión como el reconocimiento abierto y recíproco del punto de vista del "otro", estas instituciones definen el estilo deliberativo como combativo. Deliberación es sinónimo de competencia. Las partes en disputa anhelan ganar con su argumento y no alcanzar un entendimiento mutuo. Consentir debido a "la fuerza del mejor argumento" quiere decir que se ha sido incapaz de pensar y elaborar mayores contra-argumentos. En otras palabras, aceptar la derrota[8].

Como resultado, estas prácticas de discusión democrática quedan restringidas a quienes se encuentran en óptimas circunstancias para participar de este proceso argumentativo y, fundamentalmente, conociendo las reglas del juego. Aquí se valora más aquél discurso que es asertivo y de confrontación que aquél que es tentativo, exploratorio o de conciliación. En muchos de los ámbitos actuales de discusión, esta situación privilegia el discurso masculino en detrimento del femenino. Existe una gran literatura que demuestra que las niñas y mujeres tienden a hablar menos que los niños y hombres en situaciones discursivas donde se valora la asertividad y argumentan la competencia. Más aún, cuando las mujeres llegan a hablar en esas situaciones tienden a brindar información y a formular preguntas en lugar de presentar opiniones o iniciar la controversia[9].

Es así que en muchas situaciones formales, la gente blanca de clase media mejor educada actúa generalmente como si tuvieran el derecho a hablar y a

---

8. Habermas, en uno de sus pasajes donde explora la exposición de la función del argumento moral, demuestra esta verdad incuestionable sobre el modelo del diálogo como competencia: "lo que sucede es que el éxito orientador de los competidores se asimila a una forma de comunicación en la cual se perpetúa por otros medios la acción orientada hacia el logro de un entendimiento común. En la argumentación, tanto proponentes como oponentes se embarcan en una serie de *competencias con argumentos* con el objeto de convencerse entre ellos/as. Esto es, con el objetivo de arribar a un consenso. Este rol de estructura dialéctica logra que existan disponibles formas de argumentación comparativas para la búsqueda de la verdad. La argumentación puede aprovechar el conflicto entre los competidores orientados sólo al logro del éxito para arribar al consenso mientras que los argumentos no están reducidos a simples medios de influenciarse entre ellos/as". *Ver, Moral Consciousness and Communicative Action,* traducción de Christian Lenhardt y Shierry Weber Nocholsen, MIT Press, Cambridge, Mass., 1991, página 160.

9. Ver el ensayo *Against Deliberation* de Lynn Sanders que fue presentado en septiembre de 1992 en la conferencia de la American Political Science Association. En el mencionado trabajo, Sanders cita estudios que demuestran que en los juicios por jurados, los hombres hablan considerablemente más que las mujeres y que también con mayor asiduidad son éstos quienes ocupan posiciones de liderazgo. Jane Mansbridge menciona estudios que se ocupan en comprobar que las legisladoras estaduales hablan menos que sus pares masculinos y que en reuniones públicas, las mujeres tienden más a proveer información y formular preguntas mientras que los hombres presentan sus opiniones y participan de discusiones. Ver Mansbridge, Jane, "Feminism and Democratic Community", en John W. Chapman and Ian Shapiro (editores), *Democratic Community,* Nomos no. 35, New York University Press, New York, 1991.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que sus palabras transmitan autoridad mientras que quienes pertenecen a otros grupos sienten una gran intimidación causada por los requisitos de la argumentación y por la carga de formalidad y reglas del procedimiento parlamentario. Por tal motivo, tienden a no hablar, o hablan sintiendo que aquellos que conducen este proceso encuentran desorganizadas estas intervenciones. Las normas de asertividad, combatividad y el respeto por las reglas de la competencia son silenciadores poderosos o evaluadores del discurso de aquellos grupos que se encuentran en una situación de diferencia cultural e inequidad. Más aún, los grupos dominantes fracasan en darse cuenta de esta desvalorización y el efecto silenciador del cual son objeto los grupos diferentes. En otras palabras, aquellos/as menos privilegiados/as se sienten desvalorizados/as o frustrados/as, ya sea perdiendo confianza en sí mismos/as o enojándose.

Las reglas de la deliberación también privilegian aquel discurso que es formal y general. El discurso que parte de la premisa y llega a la conclusión de una manera ordenada es claramente mejor que otro tipo de discurso. Es también mejor afirmar la posición personal en términos de generalidades y principios que se aplican a instancias particulares. Sin embargo, estas normas de "articulación" son culturalmente específicas y descubren características propias de nuestra sociedad: en muchos casos, exhibir estilos discursivos de esta naturaleza es señal de privilegio social. Dentro de las situaciones formales de discusión y debate, como las aulas de clase, tribunales y cámaras municipales muchas personas sienten que deben excusarse por sus discursos cargados de titubeos y carentes de dirección.

Finalmente, las reglas de la deliberación privilegian el discurso que no es apasionado y que cuenta con una estructura. Tienden a presuponer la existencia de una oposición entre la mente y el cuerpo, la razón y la emoción. Asimismo, falsamente identifican la objetividad con la calma y la ausencia de expresión emocional. De esta manera, las expresiones de enojo, dolor y preocupación apasionada desacreditan los reclamos y razones que los acompañan. De manera similar, el ingreso del cuerpo al discurso -por medio de gestos, movimientos o nerviosismo o expresiones corporales de emoción- son señales de debilidad que neutralizan las asertividades personales o revelan una notable falta de objetividad y control. Las reglas de la deliberación tienden a privilegiar el lenguaje "literal" sobre el lenguaje figurativo tal como la hipérbola y la metáfora.

Una vez más debemos reconocer que estas diferencias de privilegio de discurso son correlativas de otras diferencias relacionadas con el privilegio social. La cultura del discurso de los hombres blancos de clase media tiende a ser más controlada, sin contar con gestos significativos y expresiones de emoción. Por otra parte, la cultura discursiva de las mujeres y minorías raciales, tiende a estar más cargada de excitación, a valorar más la externalización de la emoción, la utilización del lenguaje figurativo, la modulación del tono de la voz y una gran gesticulación[10].

10. Anthony Cortese afirma que el modelo de razonamiento moral presupuesto por Kohlberg y Habermas está culturalmente inclinado y tiende a ubicar al discurso y estilo de razonamiento chicano a un nivel bajo en la escala; ver *Ethnic Ethics*, SUNY Press, Albany, 1990. Charles Henry discute la mayor tendencia que tienen los afroamericanos, comparados con las personas de raza blanca, para enfrentar sentimientos como la emoción y el odio con técnicas de la argumentación e influenciando los estilos de debate público de las personas que tienen ascendencia africana; ver *Culture and African American Politics*, Indiana University Press, Bloomington, 1990.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Concluyo afirmando que esta discusión basada en la teoría de la democracia debe tener una idea mayor de las reglas y estilos del discurso de la discusión política que aquella que generalmente imaginan quienes apoyan a la deliberación. Finalmente, prefiero denominar a esta propuesta de democracia como "comunicativa". Mientras la argumentación es un elemento necesario para discutir públicamente sobre asuntos públicos, no es la única modalidad de comunicación política. Por otra parte, los argumentos se pueden expresar por medio de la utilización de una pluralidad de caminos y otras formas comunicativas.

EL MODELO DELIBERATIVO ADOPTA LA UNIDAD

La democracia comunicativa afirma que las ideas de índole política de la gente siempre varían en cuanto interactúan con las ideas y experiencias de otras personas. Si en una discusión pública la gente simplemente se limita a expresar lo que quiere sin ningún reclamo de justicia o derecho, sus reclamos no serán considerados seriamente. Por el contrario, deben aparecer ante "otros" presentando propuestas que son justas o buenas y que deberán ser aceptadas. Dentro de este proceso, las preferencias previas de las personas van dejando de ser deseos subjetivos para transformarse en reclamos objetivos. Por otra parte, las ideas de aquellas personas que participan del debate se enriquecen y transforman mientras escuchan la discusión.

Este proceso de movilización de las preferencias individuales hacia opiniones más objetivas o generales sobre la solución a los problemas colectivos han sido presentados por quienes apoyan el ideal de la deliberación como procesos de descubrimiento o construyendo entre ellos la unidad. Puedo observar dos propuestas que éstos teóricos toman al discutir sobre la unidad. Algunos la consideran como la condición previa a la deliberación. Michael Walzer, por ejemplo, sostiene que la crítica social efectiva ubica y apela a aquellos "entendimientos compartidos"[11] previos de una comunidad. En algunas ocasiones, Jürgen Habermas escribe como si alcanzar el entendimiento por medio del discurso sobre las reglas dependiera de restaurar un consenso interrumpido[12].

Sin embargo, existen por lo menos dos problemas con esta forma de construir el proceso de discusión. En primer lugar, en las sociedades pluralistas contemporáneas no podemos asumir que existen suficientes entendimientos compartidos a los cuales apelar para solucionar problemas colectivos que causan graves conflictos. En segundo lugar, la presunción de unidad previa obvia la necesidad de trascendencia individual que he mencionado previamente como un componente importante del modelo comunicativo de la democracia. Si la discusión resulta ser exitosa primariamente cuando apela a lo que todos los participantes comparten, entonces nadie necesita revisar sus opiniones o puntos de vista para tomar en cuenta las perspectivas y experiencias que están más allá de sus preferencias individuales. Aun en el caso de que necesiten externalizar lo que comparten como un colectivo, cada individuo encuentra en el "otro" un reflejo de él o ella.

---

11. Michael Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987.

12. Habermas, *Moral Consciousness*, página 67.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Según la visión de la democracia basada en el interés, la unidad no es un punto de partida sino un objetivo del diálogo político. Para esta tesis, sus actores trascienden su perspectiva subjetiva sobre determinado tema político dejando de lado sus intereses particulares y buscando el bien del todo. Los/as participantes de un intercambio democrático comunicativo siempre comienzan con las diferencias de cultura, perspectiva e interés. Sin embargo, el objetivo de la discusión es localizar o crear el interés común colectivo. Para poder arribar al bien común podría ser necesario trabajar sobre las diferencias, pero diferenciarse es algo que debe ser trascendido porque es parcial y conducente a divisiones[13].

El problema que la concepción de la unidad de la discusión democrática plantea es que puede albergar otro mecanismo de inclusión. Asumiendo una situación de discusión donde los/as participantes se distinguen en función del grupo y posición social y donde algunos grupos cuentan con un privilegio simbólico o material mayor que otros, todas las apelaciones al "bien común" son susceptibles de perpetuar tales privilegios. Como lo demostré en la sección anterior, aún aquellas situaciones de comunicación que limitan la influencia directa de la desigualdad económica o política pueden privilegiar ciertos valores y estilos culturales. Cuando quienes forman parte de una discusión anhelan la unidad, las perspectivas de los privilegiados son más propensas a dominar la definición de lo que es el bien común. Se pide a los/as menos privilegiados que dejen de lado el comentario sobre sus experiencias, que podrían requerir la utilización de otro idioma, o sus reclamos de titularidad o interés deben obviarse por la salud del bien común cuya definición está propensa a ubicarse contra ellos/as[14].

LA DIFERENCIA COMO RECURSO

No existe razón ni estructura para que aquellos grupos que se encuentran localizados en función de sus diferencias participen en discusiones democráticas si no habitan todos juntos en la *polis*. En este sentido, la existencia de unidad se constituye en la condición de la discusión democrática. Pero entiendo que la unidad de una *polis* única es mucho más débil que aquella que la aceptada por el modelo ideal de deliberación. La unidad que motiva la política es aquella representada por el hecho de que la gente se encuentre en condiciones de proximidad geográfica e interdependencia económica. En otras palabras, las actividades y preferencias de algunos/as afecta la habilidad de otros/as en conducir sus actividades. Una *polis* se constituye con gente que vive en el mismo lugar y que se relaciona bien.

Para seguir las reglas de la democracia representativa es necesario contar con unidad dentro de este ámbito. Sus miembros deben comprometerse en respetarse entre ellos/as sin ningún tipo de distinciones dentro del sentido más formal. Más aún, deben acordar cuáles serán las reglas de procedimiento que garanticen una discusión y toma de decisiones justa. Estas tres condiciones: interdependencia significativa, respeto igualmente formal y acuerdo sobre el

13. Para una visión sobre este tipo de tesis, ver Benjamin Barber, *Strong Democracy*, páginas 197-212.

14. Comparar con Lynn Sanders, "Against Deliberation"; He desarrollado un argumento similar a este en el capítulo 4 de *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

procedimiento, representan la unidad necesaria para poder contar con una democracia comunicativa. Son condiciones más finas que aquellas que hablan sobre juicio compartido y objetivo común. Dentro del contexto de esta unidad mínima que caracteriza a la democracia comunicativa, se obtendrá como resultado si asumimos que las diferencias de posición social y la perspectiva de identidad operan como recursos de la razón pública en lugar de divisiones que trascienden los razonamientos públicos.

Si realmente estamos buscando lo que tenemos en común -ya sea entendido como condición previa o como resultado- entonces no estamos transformando nuestro punto de vista. Sólo llegamos a reflejarnos en "el otro". Si por otra parte entendemos que la comunicación interactiva implica que encontremos diferencias de significado, posición social o necesidad de que yo no comparta ni me identifique con "el otro", entonces podemos describir mejor cómo esa interacción transforma mis preferencias. Las posiciones sociales diferentes coinciden con sus diferencias. Esto no quiere decir que creamos que no tenemos similitudes; la diferencia no significa una absoluta distinción. Pero quiere decir que cada posición está consciente de que no comprende la perspectiva de "los otros" ubicados diferentemente (en el sentido de que no se la puede asimilar a uno mismo). Por ello, hay algo para aprender de lo que tienen que decir las otras perspectivas, precisamente, porque trascienden a los individuos y no son reducibles al bien común. Este proceso de expresión mutua de experiencias y puntos de vista que trascienden el entendimiento individual previo convoca a la transformación de las opiniones.

La comunicación entre las perspectivas que trascienden las individualidades preserva la pluralidad que Hannah Arendt entendió como condición de publicidad. Los puntos de vista plurales dentro del público habilita a cada participante a comprender más lo que significa la sociedad o cuáles serán las posibles consecuencias de una política al momento en que cada persona ubica sus experiencia e interés personal en un contexto social mayor. Cuando utilizo la palabra "entender" le doy un significado distinto al que le otorgan quienes apoyan el ideal de la deliberación. Es muy frecuente que cuando, en contextos comunicativos, la gente dice que han arribado a un entendimiento o que se entienden entre ellos/as, piensan que esto implica una identificación mutua. Según esta tesis, han logrado llegar a entenderse cuando trascendieron lo que los diferenció y dividió y ahora comparten los mismos significados, creencias o principios.

Si se concibe mejor la democracia comunicativa, esto es entendiéndola como hablando transversalmente de cultura, posición social y necesidad que están preservadas en el proceso se podrá ver que la comprensión grupal no es sinónimo de identificación. Comprender la existencia de otra localización social puede significar que ha habido una expresión exitosa de experiencia y perspectiva. Esto, a su vez, permite que se enriquezcan otras posiciones sociales por medio de una experiencia y perspectiva que trascienden su propia subjetividad[15].

La preservación y observación transversal de las diferencias de posturas y perspectivas causa la transformación de la preferencia que recomienda la

15. He desarrollado en mayor profundidad esta tesis de entendimiento con transversalidad de diferencia en otro artículo, "Asymmetrical Reciprocity", *On Moral Respect, Wonder and Enlarged Thought*, ver capítulo 2 de *Intersecting Voices*.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

deliberación. Esta transformación se produce de tres maneras: 1) Confrontación con perspectivas distintas, intereses y significados culturales me enseñan que mi propia parcialidad me revela mi propia experiencia en perspectiva. 2) Tener el conocimiento de que me encuentro en una situación de solución de un problema colectivo con otros/as que tienen perspectivas distintas sobre los problemas y difieren en culturas y valores y que tienen también el derecho a desafiar mis argumentos y reclamos me lleva a transformar mis expresiones de interés y deseo personal en reclamos de justicia. Las propuestas de políticas colectivas no necesitan ser presentadas como interés general, un interés que todos podemos comprobar; podrían ser reclamos sobre una obligación en la parte del público la de reconocer y proveer alguna necesidad única de personas que se encuentran en una situación particular. No obstante que la perspectiva pública plural requiera que tales reclamos aparezcan sin considerar la diferencia para presumir que se debe acortar la falta de entendimiento y por ello transformando la experiencia misma. 3) Finalmente, expresarse, cuestionar y desafiar el conocimiento situado en distintas situaciones logra incrementar el conocimiento social de todos los participantes. Aunque no abandonan sus propias perspectivas, al escuchar sin considerar las diferencias cada posición puede llegar a entender algo sobre cómo las propuestas y reclamos afectan a quienes se encuentran en distintas situaciones. Al internalizar este entendimiento, meditado con posiciones plurales, los participantes alcanzar visualizar una postura mayor que la que les brinda su propia experiencia subjetiva. La objetividad social incrementa la sabiduría individual para arribar a soluciones a los problemas colectivos.

LA EXTENSIÓN DE LA DEMOCRACIA COMUNICATIVA

En el *Gorgias* de Platón, Sócrates discute las virtudes y defectos de la retórica con estudiantes del famoso retórico y con Gorgias mismo. Sócrates, por un lado, incita a sus interlocutores para que visualicen la distinción entre el arte del argumento que revela la verdad. Por el otro, un mero truco de persuasión que sólo produce apariciones. La retórica es la mera treta de conocer cómo agradar a una audiencia. A medida que el diálogo continúa queda claro, sin embargo, que Sócrates y sus interlocutores no pueden mantener tales distinciones entre la verdad y la retórica; el argumento también persuade, y lo mejor que podemos decir es que existe una diferencia entre la buena retórica y la mala retórica. Por medio de los eventos que aparecen en el diálogo, Platón también ilustra sobre lo indefendible de la distinción. Sócrates se embarca en la adulación para motivar a que sus interlocutores continúen participando de la discusión. Utiliza un sinnúmero de trucos retóricos, desde el humor hasta la ironía, desde el ridículo hasta el retraimiento y la modestia. Al igual que en cada uno de los diálogos de Platón, Sócrates recita un mito, una historia poética que supera el argumento para atraer la intuición.

Siguiendo las declaraciones feministas recientes sobre el razonamiento del diálogo[16], como los hombres afroamericanos y latinos articulados con

16. Alison Jaggar, "Feminist Practical Dialogue", manuscrito sin publicar; y Patricia Hill Collins, *"Black Feminist Thought"*, Routledge, New York, 1990, especialmente el capítulo 8.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

influencias culturales existentes en las concepciones dominantes sobre deliberación[17], propongo tres elementos que un concepto mayor de la democracia debe tener además del argumento crítico: saludos, retórica, y la narración. Debido a que estos tres elementos reconocen la estructura y particularidad de los interlocutores, estos tres modelos de comunicación ayudan a establecer y mantener la pluralidad que he indicado siguiendo a Arendt. En suma, es necesaria para el sentido y existencia de la publicidad. Más aún, donde un público contiene diferencias de tipo cultural, social, de perspectivas, y valorativas estas formas comunicativas suplantan al argumento al presentar maneras de hablar que cruzan las diferencias ante la ausencia de juicios compartidos trascendentes.

SALUDOS

Con el término "saludos" deseo presentar la forma virtuosa del modelo de la comunicación que *Gorgias* plantea como el vicio de la adulación. Una condición lógica y motivadora del diálogo que pretende alcanzar entendimiento es que las partes del diálogo se reconocen entre ellas con sus particularidades. Denomino a este momento de comunicación "saludo" para evocar el modo pragmático de todos los días donde experimentamos tal reconocimiento. Un ejemplo de discurso necesario para la comunicación que no dice nada es el siguiente (un discurso que no plantea ninguna afirmación y no tiene ningún contenido específico)[18]: "Buenos días", "¿Cómo está?", "Bienvenido", "Nos vemos después", "Tenga cuidado". También incluyo dentro de la categoría "saludo" expresiones de toma de descanso y aquellas formas de discurso que generalmente lubrican discusiones constantes con maneras de halagar, golpes de egos y deferencia.

Cuando las partes involucradas en un diálogo difieren en varios aspectos, ya sea en su cultura y valores o en los intereses y anhelos que traen a la discusión, sus esfuerzos para resolver el conflicto o llegar a un acuerdo sobre determinado curso de acción no puede comenzar sin previas consideraciones donde éstas construyen la confianza o respeto. Estas consideraciones previas consisten generalmente en varios tipos de halagos; discursos de presentación que nombran a otros/as con títulos honoríficos, reconociendo la grandeza de sus logros e ideales[19].

La comunicación interactiva en la cual los participantes buscan llegar a un entendimiento es generalmente sazonada con gestos educados y deferentes, cuya ausencia se siente como sinónimo de frialdad, indiferencia e insulto. Esta discusión está cubierta también de gestos no lingüísticos, observando las condiciones de amigabilidad: sonrisas, apretones de manos, abrazos, o compartir

---

17. Cortese, *Ethnic Ethics*; y Henry, *Culture and African American Politics.*

18. He llegado a este momento de comunicación por leer la distinción propiciada por Emmanuel Levina entre "Lo que se está diciendo y Lo que se dijo" en *Otherwise than Being, or Beyond Essense*, Nijhoff, The Haghe, 1981.

19. Upendia Baxi critica aquellos que podrían juzgar lo que él denomina adulación en política como un síntoma del subdesarrollo y llama a tal reacción etnocentrismo. La adulación, o el intercambio mutuo de halagos y alabanzas es un elemento importante para mantener una relación. "What is wrong with Sycophancy? A Cave at on Overrationalized Notions of Political Communication", en Bhikhu Parekh y Thomas Pantham, (editores), *Political Discourse: Explorations in Indian and Western Thought*, Sage, Beverly Hills, 1987.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

comidas y bebidas[20]. Dentro de estos cuerpos respetados, debe ingresar un ideal de democracia comunicativa. Sin embargo, el ideal de la deliberación parece no tener un lugar para efectuar cuidados, tener tratos deferenciales, o efectuar un reconocimiento amable de la diferencia ajena al individuo. Considerando que la mayoría de la discusión democrática estará cargada de desacuerdos, enojo, conflicto, contra-argumentación y críticas, los gestos intermitentes de halagos, saludos, deferencias y cuidados conciliatorios mantienen el compromiso con la discusión en tiempos de enojos y desacuerdos.

RETÓRICA

Los teóricos de la deliberación anhelan cumplir con la intención platónica de distinguir el discurso racional del meramente retórico y, al hacerlo, generalmente denigran la emoción y el lenguaje figurativo. El discurso racional, según esta tesis, aquel discurso en el cual la democracia deliberativa debe ser confinada, consiste en efectuar afirmaciones y brindar razones solemnes con las conexiones lógicas deletreadas claramente. Por ello Thomas Spragens, por ejemplo, invoca el desdén de Hitler por la irracionalidad de las masas como un llamado de atención contra el discurso retórico que anhela movilizar las masas con gran pasión. La democracia racional, afirma, comprometerá la mente en lugar de encender las pasiones[21]. Tal como James Bohman lo afirma, Habermas trata también de distinguir el discurso racional del retórico[22]. Pero, para mí, la oposición entre el discurso retórico y el racional denigra tanto la situación de la comunicación y su conexión necesaria con el deseo.

Dentro de una situación de discusión donde gente diferente en sus objetivos, valores e intereses debe buscar solucionar problemas colectivos, justamente no resulta suficiente efectuar afirmaciones y dar razones. También es necesario escuchar la propuesta. Tal como Benjamin Barber lo dice, los teóricos de la democracia valoran la expresión oral pero tienden a discutir menos el proceso de escuchar[23]. La retórica denomina las formas y estilos necesarios a seguir para hacer uso de la palabra que se ocupa reflexivamente de la audiencia de un discurso. No obstante existir varios aspectos que conforman este estilo de discurso para su audiencia, me focalizaré en los dos que mencioné previamente: la situación de la comunicación y su conexión necesaria con el deseo.

La retórica anuncia la situación de la comunicación. Con figuras retóricas el discurso construye la posición del orador u oradora en relación con la de la audiencia. Por medio de la retórica, se recurre a los atributos particulares o a la experiencia de la audiencia y su propia ubicación con respecto a ella. La retórica también construye la ocasión del discurso: hoy conmemoramos o hemos tenido una llamada telefónica urgente o estamos manteniendo una discusión sobre política. La retórica construye al orador u oradora, la audiencia y la ocasión

---

20. En “Feminist Political Dialogue”, Alison Jaggar afirma la importancia del cuidado de la promoción de los fines de la comunicación democrática.

21. Spragens, *Reason and Democracy*, Duke University Press, Durham, N.C., 1990, página 128.

22. James Bohman, “Emancipation and Rhetoric: The Perlocutions and Illocutions of the Social Critic”, *Philosophy and Rhetoric*, vol. 21, no. 3, 1988.

23. Barber, *Strong Democracy*, página 175.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para evocar o crear sentidos específicos, connotaciones y símbolos. Esta función sirve como conexión entre quien emite el discurso y quien lo recibe.

Sócrates culpa a los retóricos por anhelar agradar a la audiencia en lugar de contarles las verdades difíciles. Pero Platón demuestra en la persona de Sócrates que existe una dimensión erótica importante en la comunicación que pretende alcanzar entendimiento, que la persuasión es parcialmente seducción. Una función de la retórica es captar y mantener la atención. Los argumentos más elegantes y verdaderos son aquellos que pueden fallar al evocar el asentimiento si son aburridos. Humor, imágenes y figuras de discurso conforman y dan color al argumento conduciendo a la discusión hacia el pensamiento por medio del deseo.

NARRACIÓN

Dentro del contexto de una democracia comunicativa, quienes participan de una discusión anhelan arribar a acuerdos sobre las soluciones para sus problemas colectivos. En situaciones de conflicto que la discusión pretende encarar, los grupos, generalmente, comienzan con malos entendidos o un sentido de falta total de entendimiento de quienes son sus interlocutores y un sentido de que sus propias necesidades, deseos y motivos no son entendidos. La narrativa busca lograr entendimiento a través de tales diferencias sin de tres formas.

Primero, la narrativa revela las experiencias particulares de aquellos/as que se encuentran en situaciones sociales, experiencias que no pueden ser compartidas por quienes se encuentran diferentemente situados pero que deben comprender con objeto de hacer justicia con el resto. Imaginemos el caso de las personas que se encuentran en sillas de ruedas en la universidad y que presentan reclamos por los recursos de la universidad para que remuevan lo que ven como impedimentos a su participación total. Se les concederá una asistencia positiva al igualar su habilidad para competir con los/as estudiantes que se encuentran en condiciones físicas óptimas para el status académico. Una forma primaria que ellos/as utilizarían para presentar su caso sería por medio de la narración de historias sobre sus obstáculos físicos, psíquicos, temporales, sociales y emocionales. Sería un error decir que una vez que escuchan esas historias el resto entiende la situación de aquellos/as que se encuentran en sillas de ruedas hasta el punto de poder adoptar sus puntos de vista. Por el contrario, la narración de historias provee un entendimiento de la situación de estas personas a quienes pueden caminar para entender que no pueden compartir la experiencia.

La narrativa exhibe la experiencia subjetiva a otros sujetos. La narrativa puede evocar simpatía mientras que mantiene distancia porque también lleva consigo una sombra latente, la trascendencia "del Otro".

En segundo lugar, la narración revela valores, cultura y significado. Cuando un argumento se desarrolla desde la premisa hasta la conclusión, sólo es tan persuasivo como la aceptación de sus premisas entre quienes deliberan. Muy pocas instituciones acercan a las personas para que enfrenten los problemas colectivos. Las *polis* pluralistas, sin embargo, suelen enfrentar serias divergencias en los valores de premisas prácticas, culturales y significados.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estas disparidades, a su vez, traen aparejado conflictos, falta de sensitividad, insultos y malos entendidos. Bajo estas circunstancias, la narración puede ayudar a explicar a quienes están afuera cuáles prácticas, lugares, o lo que significan los símbolos para la gente que los tiene. Al contrario de las normas, los valores no pueden ser justificados por medio del argumento. Pero tampoco son arbitrarios. Su base generalmente proviene de la historia de la gente. Es así que por medio de la narración, los/as extraños/as pueden llegar a entender por qué quienes participan de la situación valoran lo que valoran y por qué tienen las prioridades que tienen.

¿Cómo el Lakota transporta a otros de Dakota del Sur porque las Black Hills significa tanto para ellos y por qué creen que tienen una garantía moral especial para detener la forestación en Black Hills? Por medio de historias, mitos donde Black Hills aparecen como los personajes principales, historias de Lakota personales y grupales con relación a esas montañas. Los valores aparecen como un resultado de una historia por la cual el grupo relaciona "de dónde proviene".

Finalmente, la narración no sólo exhibe la experiencia y valores desde el punto de vista de los sujetos que las han contado. También revela un conocimiento social total desde el punto de vista de esa posición social. Cada perspectiva social tiene una apelación no sólo de su propia vida e historia sino también de cada posición distinta que afecta su experiencia. Por ello, quienes escuchan pueden aprender sobre cómo su propia posición, acciones y valores influye en quien las narra. De esta manera, la narración exhibe el conocimiento situado existente en lo colectivo de cada perspectiva y la combinación de las narraciones de perspectivas diferentes produce la sabiduría social colectiva que no se encuentra presente en la posición de cada uno.

Existen otras dos conclusiones generales que podemos inferir de esta defensa sobre el rol de la narración comunicativa donde la gente anhela solucionar los problemas colectivos por medio de la discusión. Primero, la narración puede desempeñar su papel argumentando en la discusión democrática. Donde los argumentos sobre la política o acción dependen de apelaciones a la necesidad o titularidad, la narración provee un camino importante para demostrar necesidad o titularidad. La narración también contribuye al argumento político por el conocimiento social que ofrece sobre cómo los segmentos colectivos observan las acciones que ellos mismos llevan adelante y cuáles son los efectos de las políticas y acciones sobre la gente que se encuentra ubicada en distintos contextos sociales[24].

Tal como Lynn Sanders lo afirma, dentro del contexto de una democracia comunicativa, la narración complementa los argumentos porque tiende a ser más igualitaria que los procesos deliberativos típicos[25].

He discutido previamente cómo la deliberación puede privilegiar al desapasionado, al educado o a quienes sienten que tienen el derecho a hablar. Porque todas las personas tienen historias que contar, con estilos y significados

---

24. Compare Kathryn Abrams, "Hearing the Call of Stories", *California Law Review*, vol. 79, no. 4, julio 1991, páginas 971-1052. Al revisar el uso de la narración en la teoría legal feminista, Abrams afirma que la narración ayuda a funciones argumentativas importantes.

25. Sanders, "Against Deliberation".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

diferentes, y porque cada individuo puede contar su historia con la misma autoridad, las historias gozan del mismo valor en la situación comunicativa[26].

Es por ello que en este ensayo propongo un ideal de comunicación en lugar de un ideal de deliberación. El ideal de la democracia comunicativa comprende más que lo que puede comprender el ideal de la democracia deliberativa porque reconoce que cuando el diálogo político anhela resolver problemas colectivos requiere una pluralidad de perspectivas, estilos de oratoria y formas de expresar la particularidad de la situación social como también la aplicabilidad general de los principios. Una teoría de discusión democrática útil para el mundo contemporáneo debe explicar la posibilidad de comunicación sin considerar las diferencias mayores de posición social y cultural. Una teoría de la democracia de tal magnitud necesita una concepción mucho más mayor y pluralista de la comunicación que incluya tanto la expresión como la extensión de entendimientos compartidos donde existen la oferta y el reconocimiento de significados no compartidos.

26. Jane Braten, "From Communicative Rationality to Communicative Thinking: A Basis for Feminist Theory and Practice", en Johanna Meehan editores, *Feminists Read Habermas*, Routledge, New York, 1995.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Recientes desarrollos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en materia de libertad de expresión

Hernán Víctor Gullco *

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, la Corte Suprema de la Nación ha dictado una serie de nuevos fallos en materia de libertad de expresión que, en gran medida, viene a introducir modificaciones sustanciales en la jurisprudencia que, hasta ese momento, dicho tribunal había elaborado.

Dichos fallos plantean tres diferentes problemas en punto al conflicto del derecho constitucional a la libertad de expresión con otros intereses que también se encuentran constitucionalmente protegidos.

Estos tres grupos de problemas son los siguientes:

a) La responsabilidad (ya sea civil o penal) de aquellas personas que efectúen afirmaciones que, de algún modo sean inexactas y que, al mismo tiempo, afecten el honor de una persona.

b) La responsabilidad por afirmaciones que puedan resultar ofensivas para terceros, más allá de la verdad o falsedad de aquéllas.

c) La responsabilidad por afirmaciones de terceros que pueden afectar el honor de terceros[1].

Cada una de estas categorías plantea problemas diferentes que requieren también de soluciones muy distintas. Ya, en otra parte, he tratado algunos aspectos de esta cuestión[2]. En este trabajo, me concentraré en analizar el pronunciamiento de la Corte que se encuentra incluído en la categoría b) y trataré de demostrar que algunos jueces de la Corte, que resolvieron dicho caso utilizaron a tal fin conceptos teóricos que correspondían a otra familia de problemas vinculados con la libertad de expresión.

El caso en el que se discutió esta cuestión es *Amarilla, Juan s/ recurso extraordinario en autos 'Gorvein, Diego Rodolfo s/ querella p/ calumnias e injurias c/ Amarila, Juan H.' – expte. Nº 797/93*[3], resuelto el 29 de septiembre de 1998 por la Corte Suprema de la Nación.

Comenzaré mi comentario con una breve reseña de los principios elaborados para distinguir dos supuestos muy distintos entre sí, diferencia que, precisamente, no fue tenida en cuenta por ciertos magistrados al momento de dictar sentencia.

---

* Abogado, 1982, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1992, Universidad de Miami. Profesor de las Universidades de Palermo, Buenos Aires y Nacional de La Pampa.

1. En este trabajo no voy a analizar los problemas que plantea el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad. Para un ejemplo de este conflicto, ver el fallo de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el caso *Menem, Carlos c/ Editorial Perfil*, sentencia del 11/3/98, publicada en *La Ley*, 15 de abril de 1998.

2. Ver Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión*, Editorial Platense, Buenos Aires, 1997.

3. Causa A. 418 XXXI.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. La distinción entre "hechos" y "opiniones"

A los fines de analizar el pronunciamiento dictado por la Corte, partiré de los siguientes postulados que considero son básicos para fijar el alcance de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Resulta obvio que tales principios pueden ser cuestionados y rechazados por completo. Pero, dado el alcance limitado del presente trabajo, no me detendré demasiado sobre los argumentos que justifican dichos principios. En la obra ya citada[4], el lector puede encontrar los citados argumentos y las críticas que contra ellos se han formulado.

Dichos principios son los siguientes:

a) La libertad de expresión es un derecho imprescindible y fundamental para la subsistencia de la sociedad democrática. De allí se sigue que toda restricción a ese derecho debe estar justificada por razones de mucho peso no bastando, así, que aquéllas puedan parecer "razonables"[5].

b) Por tal razón, la afirmación de hechos ciertos que puedan afectar el honor de las personas no debería acarrear, en principio, ningún tipo de responsabilidad. Digo, "en principio", porque en este punto hay que distinguir entre aquellas afirmaciones vinculadas con temas de "interés público" y temas de "interés privado". Respecto de los primeros debería existir una total protección con base en el derecho constitucional a la libertad; en cambio, respecto de los segundos, no parece que sea muy relevante para la subsistencia del sistema democrático, por ejemplo, señalar (sin faltar a la verdad) los defectos físicos o mentales de una persona que no es un funcionario público ni una personalidad pública cuando tampoco se encuentra en juego una cuestión de importancia pública. Es por tal razón que no parece existir problema constitucional alguno en imputar responsabilidad al autor de la información en este último tipo de supuestos[6].

c) En cambio, cuando la información es inexacta y afecta el honor de un tercero, no existen razones constitucionales tan fuertes para librar de responsabilidad al autor de aquélla. El fundamento de este punto de vista puede encontrarse en el precedente dictado por la Corte Suprema estadounidense en

---

4. Ver Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, especialmente el capítulo I.

5. Ello supone efectuar una distinción fundamental en cuanto al examen de la validez de las restricciones estatales al ejercicio de derechos como el de libertad de expresión, por un lado, y los derechos de naturaleza económica, por el otro. Para los primeros la jurisprudencia, especialmente la estadounidense, ha elaborado pautas muy restrictivas a los fines de legitimar las restricciones estatales a su ejercicio. Es por eso que la Corte Suprema estadounidense ha aceptado, por ejemplo, legitimar la represión del discurso basado en el odio racional o religioso únicamente cuando aquél puede crear "el peligro claro y actual" de actos de violencia" (Para el examen de esta jurisprudencia, el libro de Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, capítulo III). En cambio, tanto los fallos argentinos como estadounidenses han mostrado, por lo general, mucho mayor tolerancia a los intentos estatales de restringir el ejercicio de la libertad económica, a pesar de que aquélla se encuentra -especialmente en la Constitución argentina- tutelada aparentemente con la misma intensidad que la libertad de naturaleza "política". Por cierto que existen autores que consideran que tales distinciones son insostenibles y que los jueces deberían otorgar la misma tutela a uno y otro derecho (ver, en tal sentido, a Coase, R.H., *The Market for Goods and the Market for Ideas*, 64 Am.Ec.Rev.384, transcripto parcialmente en «The First Amendment: A Reader», West Publishing Co., 1992, páginas 74 y siguientes, compilado por John Garvey y Frederick Schauer).

6. Para una mayor profundización de este tema, ver Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, capítulo V.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*: "(...) Bajo la Primera Enmienda[7] no existe algo que pueda considerarse como una idea falsa. Por más perniciosa que una opinión pueda parecer, dependemos para su corrección no en la conciencia de los jueces y los jurados sino en la competencia con otras ideas. *Pero no existe un valor constitucional en afirmaciones de hecho falsas*. Ni la mentira intencional ni el error descuidado fomentan materialmente el interés en el debate 'desinhibido, robusto y abierto' respecto de temas públicos (...) Pertenecen a la categoría de expresiones que 'no son parte esencial de ninguna exposición de ideas y son de un valor social tan escaso como un medio a la verdad que cualquier beneficio que se pueda derivar de ellos se ve desplazado claramente por el interés social en el orden y en la moralidad'(...)"[8].

d) De lo anterior se siguen dos conclusiones: en primer lugar, las afirmaciones falsas y ofensivas que no involucren temas de interés público y algún funcionario o personaje público, no merecen ninguna protección constitucional. Por tal razón, no afecta a la Ley Fundamental aplicar un tipo de responsabilidad civil *objetiva* al autor de tales afirmaciones. En cambio, las afirmaciones falsas que, de alguna manera, posean una relevancia pública no pueden ser sancionadas con la misma facilidad que las anteriores pues ello podría ocasionar el peligro de la autocensura por parte de los periodistas ante la imposibilidad material de controlar la veracidad de todo lo publicado. Como dicha autorestricción resulta sumamente disvaliosa porque impediría a los periodistas informar sobre temas que son muy importantes para la subsistencia de la sociedad democrática, entonces es necesario dificultar la posibilidad de imputar responsabilidad a los autores de ese tipo de información. En consecuencia, la jurisprudencia estadounidense, y luego la argentina, aplicaron la regla de la llamada "real malicia", conforme la cual, las informaciones inexactas que afectan el honor de funcionarios o personajes públicos, en temas de relevancia pública, sólo pueden dar lugar a responsabilidad cuando el actor o querellante acredite que el autor de la información actuó con "dolo o culpa grave" acerca de la falsedad de aquélla[9].

La otra consecuencia importante que se puede extraer de la distinción entre "hechos" y "opiniones" es que, mientras las primeras pueden ser reprimidas –en ciertos supuestos, como hemos visto- cuando son falsas, las

---

7. La cláusula de la Declaración de Derechos y Garantías de la Constitución estadounidense, que reconoce el derecho a la libre expresión, es la fuente del artículo 32 de la Constitución Nacional.

8. 418 U.S. 323 (1974). La cursiva ha sido agregada. Este fallo se encuentra traducido y comentado en la obra de Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, páginas 143-152.

9. La primera oportunidad en que la Corte Suprema estadounidense elaboró esta doctrina fue en el célebre caso *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254), resuelto en 1964. En este caso, la Corte resolvió "Las garantías constitucionales requieren...una regla federal que prohiba a un funcionario público obtener daños y perjuicios por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada con *actual malice*, esto es, con conocimiento de que era falso o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no". Este fallo, y los demás pronunciamientos estadounidenses y argentinos, que aplicaron su doctrina se encuentran transcriptos y analizados en Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, páginas 133-141. Esta doctrina no es un patrimonio exclusivo de los tribunales estadounidenses y argentinos. Así, el Tribunal Constitucional español ha elaborado un estándar similar al de la "real malicia", con base en argumentos similares (Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, capítulo VI).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

segundas se encuentran libres de toda represión estatal, salvo cuando aquéllas configuren "insultos o epítetos groseros o denigrantes"[10]. Es claro, entonces, que si las opiniones no pueden ser, en principio, objeto de sanción estatal porque de ellas no puede decirse que sean "verdaderas o falsas", es obvio que no resulta aplicable a ellas los principios elaborado por la jurisprudencia (en el caso *New York Times* y en fallos posteriores) en cuanto a las informaciones que contienen afirmaciones de contenido fáctico, ya que ellas sí pueden resultar "falsas" y, por lo tanto, de "menor valor".

Estas sencillas distinciones no parecen haber sido tenidas totalmente en cuenta por algunos de los jueces de la Corte Suprema de la Nación que intervinieron en la citada causa *Amarilla*. Es sobre este fallo que nos ocuparemos en el siguiente punto.

3. El caso *Amarilla*

Diego Rodolfo Gorvein -ex ministro de Salud Pública de la Provincia de Formosa- promovió querella contra el director del diario *El Comercial*, Juan H. Amarilla, por los delitos de calumnias e injurias a raíz de una publicación. Dicha nota estaba anunciada en la primera plana del diario como[11]: *"(...)Dudoso contrato por U$S 7.000.000. Gorvein, el generoso"*. Según el voto de los jueces Petracchi y Bossert, allí se relataba la suscripción, por parte del Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Formosa -en ese entonces, a cargo de Gorvein, de un contrato de concesión de la prestación del servicio de alimentación para los internados en un grupo de hospitales provinciales, a favor de una empresa cooperativa. En la nota se criticaba la circunstancia de que los servicios de la empresa hubieran sido adquiridos por "contratación directa" en lugar de recurrir a una licitación pública como lo exigía la legislación provincial. También se cuestionaba el hecho de que el gobierno local hubiera reconocido retroactivamente servicios prestados antes de la contratación, lo cual, a juicio del autor de la nota, significaba "(...) sencillamente un blanqueo de una contratación irregular con los precios que se contratan (...)". Por otro lado, en esa nota y en otra posterior, se hizo mención a la "generosidad" que el nombrado funcionario había mostrado con los bienes del estado y que aquél no había aclarado "las maniobras turbias del contrato millonario".

En primera instancia, el juez absolvió a Amarilla a pesar de considerar que su conducta encuadraba formalmente en el tipo penal de injurias, previsto en el art. 110 del Código Penal[12]. Para fundar esa solución el magistrado, en primer lugar, citó el precedente estadounidense *New York Times v. Sullivan*[13], concluyendo de la siguiente forma: "(...) Estimo, en síntesis, que la conducta del querellado resulta atípica pues la prohibición de afectar el honor de un tercero conglobada

10. Estas expresiones aparecen en el voto de los jueces Petracchi y Bossert en el caso *Amarilla*, que a continuación se analizará.

11. El contenido de la publicación aparece, a diferencia del voto de la mayoría, con gran detalle en la opinión de los jueces Petracchi y Bossert. Por tal razón, en este punto he transcripto la reseña que en el citado voto se hizo de la información periodística.

12. Esta norma está redactada en los siguientes términos: "El que deshonrare o desacreditare a otro será reprimido con multa de $1.500 a $90.000 o prisión de un mes a un año".

13. Conforme nota 9 *supra*.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

con las demás normas del ordenamiento jurídico resulta limitada en aquellos supuestos en que se discutan, critiquen o cuestionen asuntos de interés público (...)".

Recurrido este fallo al Superior Tribunal de Justicia local, éste lo revocó y condenó a Amarilla a la pena de mil quinientos pesos de multa, al pago de diez mil pesos en carácter de indemnización por el daño moral causado y a las costas del proceso, por considerarlo autor del delito de injuria.

En primer lugar, la mayoría de ese tribunal coincidió con el juez de primera instancia en que era correcto encuadrar la conducta de Amarilla en el artículo 110 C.P. Pero, a diferencia del magistrado de la instancia anterior, rechazó la posibilidad de que la conducta del periodista pudiera ser amparada por la doctrina del caso *New York Times*: "(...) probar la 'real malicia' del periodista será en la inmensa mayoría de los casos una 'diabólica *probatio*' para la víctima de la noticia falsa. Tanto más cuanto que -en casos como el presente- el afectado se entera de tal inversión de la carga de la prueba -que no proviene de la ley sino de una mera y novedosa interpretación judicial- recién en el momento de notificarse de la sentencia. Ello evidentemente constituye una grave violación del debido proceso (...)". El tribunal provincial agregó que la citada doctrina constitucional era "(...) inaplicable en el delito de injurias descripto en el artículo 110 del Código Penal, donde lo punible no es la falsedad de la información -que incluso puede ser verdadera- sino el contenido agraviante de la publicación (...) No se trata, pues, de la verdad o falsedad de ciertos hechos -como ocurriría en la figura de la calumnia- sino del carácter ofensivo o no de ciertas expresiones (...)".

El Superior Tribunal concluyó que, una vez eliminada por el Congreso el delito de desacato[14], existía una total equiparación entre las ofensas dirigidas a las figuras públicas y privadas. Por lo tanto, no correspondía "(...) al intérprete distinguir donde la ley no distingue. Por otra parte, el artículo 111 del Código Penal al enumerar los casos en que se podrá probar la verdad de las imputaciones en el delito de injurias, pone expresamente la prueba a cargo del imputado (...)"[15].

Contra esta condena, el querellado interpuso ante la Corte Suprema de la Nación recurso extraordinario, el que fue concedido.

4. El pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación. Los distintos votos

En su recurso extraordinario, el querellado planteó dos agravios: en primer lugar, consideró aplicable al caso la jurisprudencia de la Corte Suprema conforme a la cual, las críticas al ejercicio de la función pública no podían ser sancionadas aun cuando ellas estuvieran concebidas en términos caústicos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes.

---

14. El delito de desacato estaba previsto en el artículo 244 del Código Penal, que fue derogado por la ley 24.198. En la citada figura penal, que era un delito de acción pública, se reprimían las ofensas dirigidas a los funcionarios públicos.

15. Artículo 111 del Código Penal: "El acusado de injuria sólo podrá probar la verdad de la imputación en los casos siguientes:

1) si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual;

2) si el hecho atribuído a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal;

3) si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por otra parte, sostuvo que la decisión del Superior Tribunal local de rechazar la doctrina de la "real malicia" había sido "arbitraria".

Siete jueces de la Corte admitieron el recurso y dejaron sin efecto la condena de Amarilla[16].

Sin embargo, los magistrados que formaron la mayoría produjeron, en total, cinco votos diferentes con diversa fundamentación que los llevó también a soluciones diferentes[17]: los jueces Moliné O'Connor, López, Petracchi, Bossert y Bellluscio coincidieron, más allá de sus diferencias de fundamentación, en que correspondía revocar la condena del tribunal provincial y absolver directamente al querellado por aplicación de las facultades que les otorgaba el artículo 16, segunda parte, de la Ley 48[18]. Por el contrario, los jueces Fayt y Boggiano consideraron que el fallo recurrido era arbitrario y que, en consecuencia, correspondía devolverlo al Superior Tribunal provincial para que éste dictara una nueva sentencia.

Esta pronunciada dispersión en una decisión de la Corte Suprema[19] hace difícil su examen y le resta a aquélla su autoridad como precedente para ella misma y para los tribunales inferiores del país. A pesar de tal diversidad de opiniones, es posible dividirlas en dos grandes grupos: aquéllas en que los jueces no consideraron decisiva la mencionada distinción entre las "informaciones", por un lado, y las "opiniones", por el otro, y los votos que, en cambio, dieron gran importancia a dicha distinción.

Por tal razón, concentraré mi análisis en, por un lado, el voto de los jueces Moliné O'Connor y López, que es representativo del primer grupo, y el voto de los jueces Petracchi y Bossert, por el otro, que expresan claramente la segunda categoría mencionada[20].

5. El voto de los jueces Moliné O'Connor y López

Luego de citar la enorme importancia que la libertad de expresión tenía para la existencia del sistema democrático[21], los restantes magistrados elaboraron los siguientes argumentos:

---

16. Dos jueces, Nazareno y Vázquez, emitieron un breve voto en el cual desestimaron el recurso de Amarilla por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

17. Los jueces Moliné O' Connor y López emitieron un voto conjunto. También lo hicieron los jueces Petracchi y Bossert. Por su parte, los jueces Belluscio, Fayt y Boggiano redactaron cada uno de ellos su propia opinión.

18. Dicha norma dice así: "En los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aún podrá ordenar la ejecución, especialmente si la causa hubiese sido devuelta por idéntica razón". La existencia de cincos votos que, al menos, coinciden en la solución del caso (aunque no en su fundamentación) parece otorgar validez al pronunciamiento de la Corte.

19. La cual, en la actualidad, resulta ser una constante en los pronunciamientos del Alto Tribunal. Un ejemplo característico de esta falta de unidad en los fallos de la Corte en el campo de la libertad de expresión lo encontramos, entre otros, en el caso *Servini de Cubría*, CSJN, *Fallos,* 315:1943.

20. Puede considerarse, así, que los votos de los jueces Fayt y Boggiano se enrolan en la posición de los jueces Moliné O'Connor y López y que, en cambio, el juez Belluscio comparte la tesis de los jueces Petracchi y Bossert.

21. Ver, especialmente, el considerando 9º.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

5.1. En el considerando 11º de su voto, los citados magistrados recordaron, en primer lugar, la doctrina de la Corte Suprema en el caso *Pérez*[22], en el cual se había afirmado que "(…) los jueces de la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica han encontrado procedente y aun saludable la crítica, incluso áspera, al ejercicio de su propia magistratura, puesto que quien ejerce la función pública como órgano supremo en cualquiera de las ramas de gobierno no puede sustraerse al contralor de la opinión pública por los medios que son propios para su amplia y honesta realidad (…)".

También en el mismo considerando manifestaron que "(…) esta Corte ha expresado que el estándar de responsabilidad, más riguroso frente a los particulares que antes los funcionarios del gobierno o en asuntos de interés público, responde en última instancia al fundamento republicano de la libertad de prensa (conforme doctrina de la causa *Costa*, CSJN, *Fallos*, 310:508, considerando 10º) (…)".

5.2. En el siguiente considerando los nombrados agregaron que "(…) sobre la base de lo expuesto en los considerandos anteriores, cabe afirmar que la crítica al desempeño de un funcionario público no debe ser sancionada penalmente como injurias aunque las expresiones se encuentren formuladas en tono agresivo o apelando a expresiones ásperas u hostiles (…)".

5.3. Todo ello le permitió concluir a los jueces Moliné O'Connor y Lopez que constituía en el caso "(…) una restricción inaceptable a la libertad de prensa, por efectuar un examen aislado de los elementos tipificantes del delito de injurias sin valorar la circunstancia de que aquéllas -vertidas por la prensa- fueron proferidas en ejercicio del derecho de información y de crítica a la labor del funcionario público *y omitiendo considerar si existían pruebas incorporadas al proceso que permitiesen demostrar el dolo en la conducta del director (…)"*. (La cursiva ha sido agregada).

Para reforzar su argumentación, los jueces señalaron que, además, en la publicación no se habían utilizado vocablos o calificaciones groseras o denigrantes, que no formaban parte esencial de ninguna expresión de ideas, y eran de tan escaso valor social para obtener un avance hacia la verdad, que cualquier beneficio que podía derivarse de ellas estaba claramente superado por el interés de la comunidad en el orden y la moral[23].

5.4. Finalmente, los jueces sostuvieron -en el considerando 14º de su voto- que los argumentos expuestos resultaban "(…) suficientes para descalificar la sentencia condenatoria, *sin que resulte procedente recurrir al estándar de responsabilidad que surge de la doctrina de la 'real malicia' de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, puesto que la tipificación legal de los delitos contra el honor en el Código Penal Argentino ofrece suficientes garantías a los imputados de los mencionados delitos (…)"*. (La cursiva ha sido agregada).

6. El voto de los jueces Petracchi y Bossert

Estos magistrados efectuaron una nítida distinción entre "opiniones" y "hechos" y explicaron claramente los diferentes estándares judiciales que deben

22. CSJN, *Fallos*, 257:308.

23. En este punto, los magistrados argentinos citaron el fallo estadounidense en la causa *Chaplinsky v. New Hampshire*, (315 U.S. 568, 1942). Dicho fallo había sido citado por la Corte estadounidense en el caso *Gertz*, mencionado en la nota 8 *supra*.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

emplearse en unos y otros. Así, respecto de la doctrina de la "real malicia", señalaron, en el considerando 9º de su opinión, cuáles eran los límites a su aplicación "(…) en la medida en que él tiene por fin impedir la propalación de aseveraciones fácticas falsas o inexactas, *resulta inaplicable a los supuestos de expresión de ideas, opiniones y juicios de valor* (…)" (la cursiva ha sido agregada). Aclarando aún más este punto, agregaron "(…) En otras palabras, sólo cuando se trata de la afirmación de hechos es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar de *New York Times vs. Sullivan*. Ello es así, pues respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dada su condición abstracta, *no es posible predicar verdad o falsedad* (…)" (la cursiva ha sido agregada).

A continuación, los magistrados, citaron una serie de precedentes nacionales y extranjeros[24] con el objeto de establecer el principio de que los juicios de valor (esto es, los que no poseían contenido fáctico verificable como verdadero o falso) no podían fundar la responsabilidad de su emisor, salvo en los supuestos "(…) del empleo de voces o locuciones claramente denigrantes y fuera de lugar, cuya prohibición en nada resiente las condiciones que dan base a la amplia discusión acerca de temas sobre los que descansa un interés público, que toda sociedad democrática exige como condición de subsistencia (…)" (considerando 14º).

La aplicación de estos principios teóricos al caso llevó a los jueces Petracchi y Bossert a considerar si las expresiones contenidas en el artículo periodístico que había dado lugar a la querella (acto "irregular", "sospechoso", "llamativo", "turbio", "dudoso", "poco claro" y calificado como contrario a ciertas normas jurídicas provinciales), transgredían los límites que, según estos jueces, la Constitución imponía al ejercicio de la libertad de expresión.

En primer lugar, recordaron que los agravios del querellante se limitaban a los enjuiciamientos críticos enunciados en el párrafo anterior, *"(…) sin controvertir la base fáctica sobre la que aquéllos se sustentan en el texto del querellado*…Por lo tanto, sólo cabe ponderar la conducta imputada a la luz de los criterios expuestos supra en el considerando 13. Ello impone prescindir de estándares como el del caso *New York Times vs. Sullivan* que -corresponde reiterar- *sólo resultan aplicables cuando se está en presencia de aseveraciones fácticas cuya verdad o inexactitud pueden ser acreditadas (…)"* (considerando 14º, la cursiva ha sido agregada).

Al entrar a valorar concretamente de los dichos del querellado, los jueces consideraron que "(…) Los escritos atribuidos al querellado contienen críticas, sin duda vehementes y quizá también agresivas, referidas a la realización de un acto de indudable interés público, pues no sólo aparece vinculado con la utilización del erario de la provincia sino, además, con la atención de los internados en hospitales provinciales. Dichas críticas están referidas a la

24. Fue citado, entre otros, además del caso *Chaplinsky*, el caso *Lingens* resuelto en 1986 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (considerando 11º del voto de los jueces mencionados). En *Lingens*, dicho tribunal resolvió que se encontraban amparadas por el derecho a la libertad de expresión reconocido en la Convención Europea de Derechos Humanos las manifestaciones de un periodista que había calificado la conducta del primer ministro austríaco como "inmoral" e "indigna".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

legalidad del acto y a su oportunidad, *sin que se haya hecho uso de ningún insulto o epíteto denigrante, por lo que carecen de idoneidad para generar responsabilidad jurídica por parte de su autor (…)"* (la cursiva ha sido agregada).

Todo ello les permitió concluir a los jueces Petracchi y Bossert que "(…) el pronunciamiento apelado padece de serias deficiencias, en tanto condenó al querellado sobre la exclusiva base del carácter lesivo del honor del querellante que presentan las manifestaciones publicadas en las dos notas de *El Comercial*, que -vale insistir- han consistido en juicios de valor crítico emitidos por el querellado (…)". Ello los llevó a propiciar la revocación del fallo del tribunal local y a la absolución del imputado.

7. Comentario

En esta parte de mi comentario, trataré de demostrar que el voto de los jueces Moliné O'Connor y López, y los de los jueces que adoptaron una fundamentación similar, han incurrido en el error de no distinguir los problemas de la libertad de expresión vinculados con la emisión de información *inexacta*, por un lado, y la difusión de juicios valorativos no susceptibles de verificación empírica, por el otro. Las razones que llevan a efectuar tal distinción ya fueron expresados en el punto 4 *supra* de este trabajo.

Para demostrar mi aserto, realizaré a continuación un análisis de cada uno de los puntos del voto mencionado, utilizando a tal fin la reseña efectuada en el punto anterior. El objetivo de ese análisis es el de señalar qué parte de la argumentación de los nombrados magistrados corresponde a un supuesto de información inexacta o a un juicio valorativo lesivo o, excepcionalmente, a ambos, para luego tratar de demostrar qué parte de la fundamentación es correcta o, por el contrario, muestra un error de categoría.

Respecto de los argumentos reseñados en el punto *5.1. supra*, es claro que ellos son tanto aplicables a supuestos de informaciones inexactas como de juicios valorativos. En efecto, la necesidad de tutelar efectivamente el sistema democrático de gobierno hace que, en temas de interés público en que estén involucrados funcionarios o personalidades públicos, los afectados por cualquiera de las dos formas citadas de expresión deban tolerar afectaciones a su honor mayores que las que deben soportar un particular. En el supuesto de informaciones inexactas, la razón por la cual se exige para poder fundar una condena es la existencia de la "real malicia" que se basa en la circunstancia -ya mencionada en el punto 2.d. *supra* -en el peligro de autocensura que se produciría en el caso que se impusiera como requisito para liberar de responsabilidad al emisor de información de que ésta siempre sea cierta. Y, respecto de los juicios valorativos, resulta evidente que la libertad de expresión se encontraría fuertemente restringida sino se permitiría una amplia libertad de crítica de los funcionarios o personalidades públicos por actos propios de sus funciones o actividades específicas.

Por cierto que la forma como está redactada la fundamentación de los citados magistrados, en tanto se habla de respetar la más amplia libertad de crítica, parece referirse exclusivamente a la categoría de los juicios de valor y no, en cambio, a las informaciones pasibles de ser verificadas

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

empíricamente[25]. Así, esta parte de la fundamentación de los jueces citados no merece objeciones dado que, al referirse a la libertad de expresión en materia de juicios de valor, resulta plenamente aplicable al caso en examen en el cuál, precisamente, no se discutía la veracidad de la información difundida por el periodista querellado sino el carácter ofensivo de sus comentarios. Por las mismas razones, es plenamente aceptable -en mi opinión- la argumentación de los nombrados que se reseñó en el punto 5.2. *supra*.

En cambio, resulta altamente cuestionable el razonamiento de los jueces Moliné O'Connor y López recordado en el punto 5.3. de la reseña efectuada *supra*.

Así, las afirmaciones acerca de la falta de acreditación de dolo por parte del querellado en que había incurrido la justicia provincial, *no parecen tener aplicación alguna en un supuesto en que se pretende sancionar penalmente un juicio de valor y no una afirmación fáctica*. En efecto, dado el carácter fuertemente crítico de las opiniones emitidas por Amarilla respecto del ex funcionario local que se reseñaron *supra* en el punto 3 ("dudoso contrato", "Gorvein el generoso", "maniobras turbias"), es obvio que cualquier persona de inteligencia normal, que emite a sabiendas dicha información, por fuerza sabe acerca del carácter ofensivo que sus manifestaciones poseen para el honor del destinatario. A tal fin, no es necesaria una fundamentación muy rigurosa para arribar a tal conclusión[26].

También resulta objetable la fundamentación que se reseñó en el punto 5.4. *supra* del voto, en tanto los magistrados explican sus razones por las cuáles la doctrina del precedente estadounidense *New York Times v. Sullivan* no resulta aplicable al caso.

Así, en primer lugar, no parece ser la función de la Corte Suprema resolver un caso de libertad de expresión con base en la inteligencia del tipo penal de injurias del Código Penal, pues se trata de una norma de derecho común cuya interpretación, salvo el supuesto excepcional de arbitrariedad, es ajena a la jurisdicción extraordinaria que la Constitución y la ley otorgan a la Corte Suprema[27].

---

25. Fortalece esta conclusión, el precedente citado por los mencionados magistrados para fundar su posición. Así, en el citado caso *Pérez*, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una condena aplicada por un tribunal provincial al director de un periódico que se había limitado a publicar una carta abierta firmada por otra persona que contenía afirmaciones consideradas ofensivas respecto de un tercero. Al fundar su conclusión, la Corte consideró que la mera posibilidad por parte del director de verificar el contenido ofensivo de la publicación no era suficiente, a la luz de la Constitución, para fundar su responsabilidad penal. Para el Tribunal, era necesario acreditar a tal fin que aquél había actuado con la "intención de menoscabar, desacreditar y denigrar" al afectado. Este fallo se encuentra transcripto y analizado en Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, capítulo VII.

26. Esta es la diferencia fundamental con este caso y *Pérez*, examinado en la nota anterior. Dado que en este último caso, la carta que dio origen a la querella no había sido escrita por el director, era imprescindible desde el punto de vista constitucional exigir -a los efectos de fundar una condena penal de aquél- que los tribunales de grado acreditaran acabadamente su conocimiento efectivo del contenido de la misiva. En *Amarilla*, es obvio que el autor de la nota debía necesariamente conocer su contenido y su carácter ofensivo para el honor del querellante.

27. Para una reseña de la jurisprudencia de la Corte que tradicionalmente ha expresado la citada doctrina, ver Amadeo, José Luis y Albrecht, Paulina, *Manual del Recurso Extraordinario*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, páginas 47-49. Por cierto que la fundamentación contenida en el citado caso *Pérez* también es pasible de una crítica similar, pues parte de los argumentos utilizados por la Corte en dicha oportunidad parecen estar referidos a la interpretación del artículo 113 del Código penal.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por otra parte, resulta ser llamativo que se pretenda fundar una pauta *constitucional* con base en una norma infraconstitucional como lo es el Código Penal. En efecto, tal solución tendría la inaceptable consecuencia de que la existencia del citado criterio constitucional quedaría supeditado a la decisión del Congreso que podría –si así lo considerase conveniente- modificar las citadas normas penales que sirvieron de fundamento a la decisión de los jueces. Ello contradiría un principio fundamental de nuestro sistema de control constitucional: con base en el artículo 31 de la Ley Fundamental, le corresponde a los jueces determinar si las leyes dictadas por el Congreso son violatorias de los derechos reconocidos en la Constitución. El fundamento utilizado por los jueces Moliné O' Connor y López altera totalmente dicho principio: de ahora en más, los límites del derecho constitucional a la libertad de expresión dependerían de la decisión del Congreso de la Nación quien es el facultado para modificar las disposiciones del Código Penal que sirvieron de fundamento a la solución adoptada por los citados magistrados. Tal razonamiento es violatorio de la Constitución en tanto ella encomienda al Poder Judicial y no al Congreso resolver de manera definitiva acerca del alcance de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental.

Por cierto que la doctrina de la "real malicia" no es aplicable al caso; pero la razón de ello no se encuentra en los argumentos que se acaban de examinar sino, sencillamente, porque -tal como ya se ha explicado en este trabajo- la citada doctrina sólo es relevante cuando están en juego informaciones susceptibles de verificación empírica lo cual -como hemos visto- no ocurría en el caso.

Todo lo dicho en forma alguna significa cuestionar la solución absolutoria a la que arribaron los magistrados Moliné O'Connor y López sino criticar la fundamentación empleada por ellos. El fundamento correcto parece ser el utilizado por los jueces Petracchi y Bossert: los juicios de valor duros y vehementes, dirigidos a un funcionario en razón del ejercicio de sus funciones, no pueden generar responsabilidad al autor de aquéllos a menos que dichas críticas contuvieran "insultos o epítetos denigrantes". Como no parece que la nota que dio lugar a la querella hubiera incurrido en tales excesos, el derecho constitucional a la libertad de expresión convertía en ilegítima la condena del autor de aquélla. Así, el límite razonable a la libertad de expresión en materia de juicios de valor parece que debe buscarse en lo que la jurisprudencia estadounidense denomina *fighting words* (expresión que podría traducirse como "palabras ofensivas") que coincide sustancialmente con los argumentos expresados por los jueces Petracchi y Bossert. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia estadounidense "(...) La razón por la cual las *fighting words* están excluídas como categoría de protección de la Primera Enmienda no es que su contenido comunique alguna idea sino que su contenido conlleva una forma particularmente intolerable (y socialmente innecesaria de expresión), cualquiera sea la idea que el orador desee expresar (...)"[28]. O, como un autor estadounidense lo ha expresado, las "(...) *fighting words* no se encuentran protegidas (*constitucionalmente*) porque, en su condición de 'epítetos o de abuso personal', están destinadas a causar daño antes que a comunicar ideas y, así, no constituyen en realidad

28. Transcripto en Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, página 86, nota 47.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

'una expresión'. Son 'ataques verbales' más parecidos a un 'puñetazo en la boca' que a una expresión protegida constitucionalmente (...)"[29].

Si se compara las frases críticas del periodista Amarilla que dio origen al caso analizado, con las expresiones directamente soeces que, en los Estados Unidos, han merecido protección constitucional, no parece dudoso concluir que las manifestaciones de aquél no configuraban *fighting words* y, en consecuencia, se encontraban dentro del ámbito protegido por la claúsula constitucional de la libertad de expresión[30].

Cabe señalar, por último, que no resulta en forma alguna comprensible que los jueces Moliné O'Connor y López hayan citado esta doctrina[31] para reforzar su solución: la jurisprudencia de *Chaplinsky* no tiene nada que ver con los restantes argumentos utilizados por los citados magistrados fundados en la ausencia de dolo por parte del querellado. Tal como ya se señaló *supra*, la discusión acerca de la existencia del elemento subjetivo sólo parece tener sentido cuando se trata de informaciones fácticas que no se ajustan a la verdad. En cambio, cuando se trata de expresiones como las empleadas por Amarilla en el caso en examen y por Gooding en el citado caso estadounidense, resulta obvio que toda persona normal conoce la naturaleza ofensiva de dichas expresiones.

8. CONCLUSIÓN

El análisis realizado hasta ahora nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

8.1 La doctrina de la "real malicia" sólo resulta aplicable cuando las manifestaciones cuestionadas, que se pretende tutelar bajo la cláusula de la libertad de expresión, son afirmaciones de hecho cuya verdad o falsedad puede ser acreditada en un juicio.

8.2 Respecto de los juicios de valor, en cambio, la pauta para determinar si merecen protección constitucional debe ser si dichos juicios no han traspasado el límite de la crítica -aún la dura y caústica- y han ingresado en el campo de lo meramente ofensivo, insultante y soez. Precisamente, esa fue la pauta utilizada en el voto de los jueces Petracchi y Bossert.

8.3 Por lo tanto, no son correctos los argumentos utilizados en el voto de los jueces Moliné O'Connor y López que utilizan pautas destinadas a examinar si existió dolo por parte del querellado cuando, como en el caso, las manifestaciones cuestionadas no eran afirmaciones fácticas sino juicios de valor.

---

29. Transcripto en Stone y otros, *Constitutional Law*, 3ª, Ed. Little, Brown and Company, página 1149.

30. Como un ejemplo de las expresiones que han merecido protección constitucional en los Estados Unidos podemos señalar, entre otros, el caso *Gooding v. Wilson*, en el cual la persona que invocó la garantía de la libertad de expresión había expresado en una manifestación contra la guerra: "blanco hijo de p... te mataré", "hijo de p... te estrangularé hasta que mueras", "hijo de p... si ponés tus manos sobre mi otra vez te cortaré en pedazos". Los argumentos por los cuales la Corte Suprema consideró que dichas expresiones se encontraban constitucionalmente protegidas -fundados en una doctrina constitucional que no tiene equivalente en nuestro país- se encuentran examinadas en Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, páginas 264-266.

31. Conforme nota 23 *supra*.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

8.4 En consecuencia, resultaría deseable que en el futuro la mayoría de los jueces de la Corte Suprema adopten el criterio utilizado por los magistrados Petracchi y Bossert en supuestos en que se cuestione la legitimidad de juicios de valor críticos. Si ello ocurre, deberá ser examinada con mayor profundidad la importante cuestión de cuál es la regla apropiada para distinguir entre hechos y opiniones, distinción ésta que en la mayoría de los casos –a diferencia de lo que ocurrió en *Amarilla* -no es demasiado sencilla[32]. Esta es la nueva e importante tarea que le corresponderá resolver a la Corte Suprema argentina en el futuro. Esperemos que lo haga con argumentos más sólidos que los demostrados por algunos de sus jueces en este caso.

32. Así, por ejemplo, el profesor alemán Martin Kriele ha criticado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de su país que ha considerado como juicios de valor expresiones tales como "nacionalista" y "periódico difamatorio de derecha", ya que sostiene que se trata de afirmaciones de hecho cuya verdad o falsedad puede ser demostrada (ver, en tal sentido, la obra del nombrado *ESJ Grundrechte*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1986, páginas 428 y siguientes). Este tema ha ocupado al Tribunal alemán en otros casos. Recientemente, resolvió que la afirmación por parte de una persona de que el holocausto no había existido (afirmación que en Alemania se encuentra castigada por el Código Penal) constituía una afirmación de hecho falsa dado que se encontraba demostrado en forma concluyente que dicho episodio histórico sí había tenido lugar. En otro caso, en cambio, el mismo tribunal resolvió que debía considerarse como un juicio de valor indemostrable (y que merecía protección constitucional) la afirmación de que Alemania no había sido responsable del estallido de la Segunda Guerra Mundial (conforme Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *op. cit.*, páginas 88-89, nota 52).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Reflexiones sobre las premisas, el contenido y la variabilidad del concepto de la democracia

Angel R. Oquendo *

I. INTRODUCCIÓN

Una versión anterior de este trabajo se presentó en una conferencia en honor a Carlos Nino organizada por Jorge Barraguirre y la Universidad Nacional del Litoral en Santa Fe, Argentina[1]. Este artículo, ampliado y revisado, discute algunos elementos de la obra de Nino, publicada póstumamente en inglés, *The Constitution of Deliberative Democracy*[2], dicho en castellano: *La constitución de la democracia deliberativa*. Voy a comparar, en algunos aspectos, la visión de la democracia deliberativa de Nino con la que desarrolla Jürgen Habermas en el libro *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*[3] -título que se podría traducir a nuestro idioma, preservando su intimidante fraseología, "Facticidad y validez: contribuciones a una teoría discursiva del derecho y del estado democrático de derecho"– y aún más recientemente en el texto *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*[4], que significa "La integración del otro: estudios sobre teoría política".

---

* Profesor Visitante de la Universidad Libre de Berlín y Profesor Titular de la Universidad de Connecticut. A.B., M.A., & Ph.D. Harvard University; J.D. Yale University. El autor reconoce y agradece la ayuda de Jorge Barraguirre, Rodolfo L. Vigo, y Astrid Gacitúa en la realización de este opúsculo.

1. Me parece muy apropiado que se haya organizado un evento así en nombre de un ser tan comprometido, tan entendido y tan noble como lo fuera Carlos Nino. Conozco y admiro profundamente su trabajo político e intelectual pero desafortunadamente sólo tuve oportunidad de tratar con él personalmente en una ocasión. Ese encuentro en New Haven, sin embargo, me permitió comprender claramente por qué a Carlos Nino le tienen tanto afecto sus estudiantes, sus colegas y sus amigos. Me lo presentó Owen Fiss, quien luego de servir de intermediario inicial nos dejó a solas. Carlos Nino, a pesar de encontrarse envuelto en un torbellino de libros y de proyectos maravillosos, se apartó de su escritorio para conversar conmigo. Me preguntó, genuinamente interesado, en qué estaba trabajando. Cuando le hablé de mi tesis doctoral sobre ética, se metió en el tema de lleno, escuchando atentamente y haciendo comentarios perspicaces. Fue una plática amplia y rica: una lección para mí en el arte de reflexionar y debatir. Nos despedimos con un apretón de manos y supe absolutamente que podría contar con él para cualquier cosa.

Le dejé un resumen de mi disertación, más como un gesto de cortesía que con la expectativa de que en algún momento lo fuera a leer. Para mi mayor sorpresa, a las pocas semanas recibí una extensa carta suya con reacciones, críticas y sugerencias. De alguna manera había hecho un espacio en su complicada agenda para establecer un vínculo filosófico con un compañero latinoamericano más. Este escrito no es más que un intento de empezar a reciprocar aquellas atenciones que tuviera conmigo.

2. Nino, Carlos, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, 1996 (en adelante CDD).

3. Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992, (en adelante FG).

4. Habermas, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, 1996 (en adelante EA).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. Derechos humanos como contrapeso a la democracia

Tanto Nino como Habermas avalan la noción de la democracia deliberativa[5], descrita por Joshua Cohen en los siguientes términos:

> "La noción de la democracia deliberativa tiene sus raíces en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y las condiciones de la asociación se llevan a cabo por medio de la argumentación y el razonamiento público de los ciudadanos en condiciones de igualdad. Los ciudadanos en una comunidad de esta índole comparten un compromiso con la resolución de los problemas de decisión colectiva a través del razonamiento público y consideran sus instituciones básicas legitimadas en la medida en que éstas establezcan un esquema para la deliberación pública libre"[6].

Los partidarios de la democracia deliberativa opinan que la acción colectiva está justificada solamente si puede defenderse en un proceso abierto y libre de deliberación. La razón de ser de las instituciones políticas es precisamente crear las condiciones para que se dé un debate de esta naturaleza. Habermas y Nino coinciden en esta visión de la democracia deliberativa y sin duda apoyarían a Cohen cuando insiste en interpretar "la democracia en sí como un ideal político fundamental y no simplemente como un ideal derivado que puede explicarse en términos de los valores de la imparcialidad o la igualdad en respeto"[7]. No obstante, Habermas y Nino ponen en claro los detalles del concepto de la democracia deliberativa de maneras disímiles.

El punto de contraste entre Habermas y Nino que parece saltar a la vista es la relación entre los derechos humanos y el proceso democrático. Nino en repetidas ocasiones habla de los derechos humanos como un contrapeso frente a la democracia. Se propone específicamente "determinar el contrapeso que representa el reconocimiento de derechos al alcance legítimo del proceso democrático"[8]. De hecho, Nino asevera que "el propósito [del capítulo sobre la constitución ideal de derechos] es describir una teoría de derechos que dé contenido a este contrapeso frente al proceso democrático"[9]. Así, Nino se ubica dentro de la tradición analítica liberal cuyo empeño principal es definir una serie de derechos individuales que no pueden ser violados bajo ninguna circunstancia, ni siquiera con el consentimiento de la mayoría de los ciudadanos[10].

---

5. Nino dedica un libro entero a exponer y defender la "constitución de la democracia deliberativa". CDD. Habermas, a su vez, pronuncia: "según el resultado de nuestras reflexiones jurídico-teóricas, el procedimiento de la política deliberativa constituye el núcleo del proceso democrático". FG, página 359.

6. Cohen, Joshua, "Deliberation and Democratic Legitimacy", (en Hamlin, Alan y Pettit, Phillip, Leds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, 1989, página 21. Cohen reconoce que tanto su interpretación de la democracia deliberativa como las de Jon Elster y Bernard Manin se basan en las teorías de Habermas. *Idem* página 33, n. 12.

7. *Idem* página 17.

8. CDD, páginas 43-44.

9. CDD, página 44.

10. "Cada persona", afirma el paladín del liberalismo angloamericano John Rawls, "posee una inviolabilidad fundada en la justicia que no puede ser anulada ni siquiera por el bienestar de la sociedad en su totalidad". Rawls, John, *A Theory of Justice*, página 3, Oxford, 1971. Rawls insiste que "los derechos que garantiza la justicia no están sujetos ni a la negociación política ni al cálculo de los intereses sociales". *Idem*, página 4.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estos derechos surgen como "triunfos" contra la voluntad mayoritaria, para usar la terminología de Ronald Dworkin[11].

Habermas, sin embargo, rechaza tajantemente esta dicotomía entre derechos humanos y el proceso democrático. Piensa que la subordinación de la democracia ante dichos derechos subjetivos desmerece injustificadamente el principio democrático[12]. Además, está convencido de que el acercamiento liberal descrito anteriormente se basa en premisas del derecho natural que son inaceptables[13]. Es decir, el liberalismo tiene por necesidad que apelar a una noción metafísica de la justificación normativa totalmente inadecuada en el período "desencantado" moderno, una expresión de Max Weber frecuentemente invocada por Habermas[14].

Esta última idea precisa ser esclarecida un poco. Weber entiende el proceso de modernización como *Entzauberung* o desencanto[15]. En la premodernidad predomina la visión metafísica o teológica totalizante. Hay un sistema de creencias al que se adhieren las personas y del que se derivan tanto explicaciones para interrogantes cognitivos que pueden surgir como legitimaciones para instituciones sociales. De este manera, si llegara a presentarse la pregunta de por qué hay que obedecer a las autoridades, la contestación se fundaría en ese sistema. Se diría, por ejemplo, que hay un poder divino reconocido por todos que requiere que se acepte incuestionablemente al mandatario terrenal, así como sus mandatos[16].

Ahora bien, estas visiones totalizantes poco a poco empiezan a dejar de ser convincentes, en parte porque la sociedad moderna se torna muchísimo más compleja[17]. Así, por un lado, resulta imposible explicar las múltiples ramas del conocimiento y legitimar la inmensa diversidad de instituciones sociales a través de una sola doctrina metafísica. Por otro lado, a la vez que aumenta el

---

11. Dworkin, Ronald, "Rights as Trumps", *Theories of Rights*, páginas 153-167 (Ed. Jeremy Waldron, 1984). Ver también Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, páginas 194 y 269. "Un derecho contra el gobierno tiene que ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que estaría mal hacer eso y aun cuando de hacerlo la mayoría se perjudicaría. Si una persona tiene un derecho a algo está mal que el gobierno se lo deniegue aun cuando convenga al interés general".

12. Habermas señala que en Kant –inspirador de la escuela liberal– "la soberanía de 'la voluntad armonizada y unificada' de los ciudadanos es limitada por los derechos humanos fundamentados moralmente". FG, página 131.

13. "Este sistema de derechos se legitima [en Kant] sobre la base de principios morales, o sea, independientemente de esa autonomía política de los ciudadanos que se constituye originalmente con el contrato social". FG, página 131. "El sistema de derechos", Habermas insiste, "no puede provenir (...) de una interpretación moral de los derechos humanos". FG, página 134. Habermas asegura "que ya no está disponible la opción del derecho natural de simplemente subordinar el derecho válido a normas supra-positivas". FG, página 244.

14. La relación del derecho positivo a la moral "no nos debe inducir al error de dar primacía a la moral sobre el derecho en el sentido de una jerarquía de normas. La idea de una jerarquía (*Legesherarchie*) pertenece al mundo del derecho premoderno". FG, página 137.

15. Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handels*, Erster Band, páginas 262-298.

16. FG, página 181: "en el trasfondo de los conceptos religiosos del mundo reconocidos, el derecho poseía, primordialmente, un fundamento sacro. Este derecho, usualmente administrado e interpretado por juristas teólogos, era en gran medida aceptado como un componente reificado de un orden divino de salvación o de un orden mundial natural y, como tal, permanecía fuera del poder de disposición (*Verfügungsgewalt*) de los humanos".

17. FG, página 42.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pluralismo cultural se hace más difícil conseguir que la totalidad de los ciudadanos pueda identificarse con los dogmas de una metafísica particular[18]. Las explicaciones y legitimaciones, entonces, tienen que basarse en razones capaces de persuadir independientemente. Éste es el principio de la época moderna dentro de la narrativa weberiana.

Habermas añade a este recuento el postulado de que en la modernidad la verdad es consensual. Tanto en asuntos científicos como morales y estéticos la veracidad de las aseveraciones se mide en términos de su capacidad de suscitar el asentimiento desinteresado de las partes afectadas o interesadas. De igual modo, las instituciones sociales se legitiman en la medida en que puedan encontrar el consenso de la ciudadanía. El principio democrático es, pues, un mecanismo idóneo para el estado a fin de lograr su justificación y su verdad. Este mecanismo permite al estado constituirse de una manera que, de entrada, cuente con el soporte de los ciudadanos. Contraponer una carta de derechos humanos al proceso democrático "desde afuera", por así decirlo, socava la legitimidad de las estructuras sociales. Además, tal carta, puesto que queda eximida del cedazo de la discusión consensual democrática, sólo puede arrogarse una legitimación proveniente de alguno de los desprestigiados sistemas metafísicos.

Habermas, sin embargo, no pasa de aquí a la conclusión de que los derechos humanos sólo se justificarán sólo si gozan de la aprobación de las fuerzas mayoritarias[19]. Por el contrario, Habermas es uno de los más acérrimos defensores de los derechos humanos dentro de un esquema constitucional. Lo que sucede es que Habermas piensa que los derechos humanos no deben entenderse como un "contrapeso" al proceso democrático sino como una de sus premisas intrínsecas.

III. Derechos humanos como presupuestos de la democracia

La voluntad mayoritaria tiene peso normativo sólo en la medida en que cumple con ciertos requisitos, entre los que se encuentra el respeto a los derechos individuales básicos. De otra manera, las preferencias de una mayoría de los ciudadanos son moralmente indiferentes al individuo disidente, equivalentes a las predilecciones de un grupo de extraños con los que se encuentra casualmente[20]. En el proceso democrático se gana el acatamiento aun de aquellas personas que no concuerdan con el resultado, precisamente, en virtud del respeto que se muestra a todos. Así, el ciudadano que participa en ese proceso como igual, de tú a tú, entiende que al final hay que votar, que es posible que su punto de vista no prevalezca y que la mayoría manda.

---

18. FG, página 42.

19. Habermas niega que los derechos tengan valor meramente como instrumentos del proceso democrático: "estos derechos, que deben garantizar a cada persona la oportunidad de dedicarse a sus fines vitales en condiciones de igualdad, tienen un valor intrínseco, en todo caso no son absorbidos por su valor instrumental con respecto a la formación democrática de voluntad". EA, página 300.

20. Habermas cita a John Dewey: "el poder mayoritario, meramente como poder mayoritario, es tan fatuo como imputan sus críticos. Pero nunca es *meramente* poder mayoritario (...) Los medios por los que una mayoría llega a ser una mayoría son lo más importante: los debates antecedentes, la modificación de las posiciones para atender las opiniones de las minorías (…) en otras palabras, lo esencial es la mejora de los métodos y condiciones de debate, discusión y persuasión". FG, página 369, citando John Dewey, *The Public and its Problems*, 1954, página 207.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En la filosofía política de Habermas, la médula del sistema de derechos la constituyen precisamente esas premisas que el proceso democrático legítimo tiene que honrar: "la substancia de los derechos humanos se encuentra, pues, en las condiciones formales para la institucionalización jurídica de esa suerte de formación discursiva de opinión y voluntad en la que la soberanía popular toma una forma jurídica"[21]. El proceso democrático, dentro del cual se forma discursivamente la opinión y la voluntad ciudadana, precisa reconocer al individuo ciertos derechos de participación, como la libertad de conciencia y de expresión, derechos de asociación y acción colectiva, el voto libre y la igualdad. "El principio de que toda violencia estatal emana del pueblo", anota Habermas, "tiene que ser *especificado*, según las circunstancias, en forma de libertades de opinión e información, libertades de reunión y asociación, libertades de creencia, conciencia y confesión, derechos de participación en elecciones y votaciones políticas y de acción en partidos políticos y movimientos de ciudadanos, etc."[22]. Habermas indudablemente concordaría con Cohen en que las "libertades (básicas de los individuos) no son simplemente uno de los temas de deliberación, sino que ayudan a formar la estructura que posibilita la deliberación"[23].

Es clave ver aquí cómo Habermas intenta ubicarse en un punto medio entre dos extremos: la tradición liberal inspirada en Immanuel Kant y la republicana infundida por Jean Jacques Rousseau. Tanto Kant como Rousseau se proponen dar cabida en sus esquemas para la democracia así como para los derechos humanos. En palabras de Habermas: "Rousseau y Kant intentan, por medio del concepto de la autonomía, concebir la unión de la razón práctica y la voluntad soberana de manera que la idea de los derechos humanos y el principio de la soberanía popular se interpreten *recíprocamente*"[24].

No obstante, Kant termina supeditando la democracia a un sistema moral categórico del que emergen unos derechos humanos sacrosantos. "A este respecto, la soberanía de la 'voluntad armonizada y unificada' de los ciudadanos está limitada por los derechos humanos fundamentados moralmente"[25]. Rousseau, por su parte, llega a subordinar los derechos humanos a la voluntad general. Así, se aferra a la "tradición republicana"[26], según la que "los derechos humanos adquieren su carácter vinculante para una comunidad originariamente política sólo como elementos de una tradición peculiar a ésta y conscientemente apropiada por ella"[27]. "Tanto en Kant como en Rousseau", subraya Habermas, "existe una implícita *relación de competencia* entre los *derechos humanos* –fundamentados moralmente– y el principio de *soberanía popular*"[28].

Habermas define una posición en la que democracia y derechos humanos son co-iguales y co-originarios[29]. Habermas busca, finalmente, establecer la

---

21. FG, página 135.
22. FG, página 162.
23. Cohen, Joshua, *op.cit.*, página 30.
24. FG, página 130. Ver además EA, páginas 89, 293, 299.
25. FG, página 131.
26. FG, página 132.
27. FG, página 130.
28. FG, página 123. Ver también FG, página 129; EA, página 299.
29. Larmore, Charles, *The Foundations of Modern Democracy: Reflections on Jürgen Habermas*, 3 Europea Journal of Philosophy, página 55, 1995, páginas 64-66.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"conexión interna entre soberanía popular y derechos humanos"[30], que evade a Kant y a Rousseau. Habermas insiste en que esa conexión "se encuentra en el contenido normativo de un *modo de ejercer la autonomía política*, que se afianza (...) por medio de la forma comunicativa del proceso de formación del discurso de opinión y voluntad"[31]. "De esta manera", concluye, "la autonomía privada y la pública se presuponen mutuamente, a la vez que ni los derechos humanos pueden pretender primacía sobre la soberanía popular, ni viceversa"[32].

En la interpretación habermasiana del concepto de la autonomía no hay una jerarquía entre autonomía pública y privada, como sucede en las teorías de Kant y Rousseau. Habermas no atribuye autonomía exclusivamente al "sujeto individual", ni tampoco al "mega-sujeto de un pueblo o una nación"[33]. La autonomía se practica dentro de "discursos (...) y negociaciones cuyos procedimientos se fundamentan discursivamente"[34]. Habermas explica que:

> "Las partes en derecho, cual participantes en discursos racionales, tienen que poder comprobar si una norma contenciosa podría suscitar la aprobación de todos los que posiblemente se pudieran ver afectados. Por tanto, la deseada conexión interna entre soberanía popular y derechos humanos consiste en que el sistema de derechos representa precisamente las condiciones, dentro de las que se pueden institucionalizar jurídicamente las formas comunicativas necesarias para una legislación políticamente autónoma"[35].

Para Habermas la autonomía pública se ejerce como autonomía política, es decir, en el contexto de un proceso democrático discursivo que requiere el respeto a la autonomía privada expresada en los derechos humanos.

El uso repetido del término "contrapeso"[36] para explicar la relación entre derechos humanos y democracia sugiere que Nino es parte de la escuela liberal inspirada en Kant y criticada por Habermas. "Los liberales", expresa Habermas, "conjuran el peligro de una 'tiranía de la mayoría' y postulan la primacía de aquellos derechos humanos que garantizan las libertades pre-políticas del individuo y que fijan límites a la voluntad soberana del legislador político"[37]. Nino da la impresión de incorporarse expresamente a este aspecto del liberalismo cuando asevera lo siguiente:

> "Los derechos que hemos explorado se derivan no del proceso democrático sino de la reflexión sobre los presupuestos de nuestra práctica de discusión moral. Una vez que se descubren esos derechos, su función parece consistir precisamente en limitar la operación del proceso democrático, desacreditando aquellas decisiones colectivas que los violen"[38].

Tal posición, por parte de Nino, lo expondría a las críticas anteriormente mencionadas, a saber, que desdeña el principio democrático y que se deja arrastrar por las ilusiones metafísicas del derecho natural.

---

30. FG, página 133. Ver además FG, página 491 y EA, páginas 242, 300.
31. FG, página 133.
32. EA, página 301. Ver FG, página 479.
33. FG, página 134. Ver también EA, 288.
34. FG, página 134.
35. FG, página 134.
36. CDD, páginas 43, 44, 69, 75, 79, 90, 92, 105, 106, 134.
37. FG, página 130.
38. CDD, página 64

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estoy convencido, sin embargo, que la interpretación de los derechos humanos como contrapeso a la democracia no corresponde al pensamiento de Nino. Primero, Nino es perfectamente consciente de los problemas que conlleva este tipo de acercamiento a los derechos humanos. En su opinión:

> "Debemos confrontar el problema de que una teoría de derechos robusta, ostensiblemente apoyada en razones accesibles a cualquiera, expulsa al proceso democrático del imperio de la moral. Aún más inquietante es el hecho de que dicha teoría de derechos podría legitimar una constitución histórica que garantice estos derechos pero que no establezca un sistema democrático para tomar decisiones colectivas"[39].

Esta última dificultad la identifica el mismo Habermas con respecto a los derechos negativos de libertad y a los derechos sociales de participación (*Teilhabe*), es decir, los derechos a tener parte en los bienes que ofrece el estado social: "los derechos negativos de libertad y los derechos sociales de participación (...) pueden ser concedidos de manera paternalista. En principio, el Estado de derecho y el Estado social son posibles inclusive sin democracia"[40]. Habermas estaría de acuerdo con Nino en que si estos derechos fueran el único *desiderátum* de la filosofía política, la democracia sería superflua, siempre y cuando fuera factible proteger los derechos sin ella.

En esta coyuntura, Habermas distingue los derechos políticos de participación, o sea los derechos a tomar parte en el proceso político. "Solamente los derechos políticos de participación (*Teilnahme*)", afirma Habermas, "fundamentan la posición jurídica reflexiva y autoreferente del ciudadano"[41]. Estos derechos, que facultan a las personas a tomar parte en el proceso político, emanan no independientemente sino integralmente del principio de la soberanía popular. Consecuentemente, no pueden existir en ausencia de democracia. Por otro lado, no puede haber una verdadera democracia si no se reconocen estos derechos políticos de participación.

Cuando Nino habla de derechos humanos su retórica a veces tiene hasta un aire habermasiano. Nino afirma, por ejemplo, que los "derechos fundamentales son requisitos para una operación propia del proceso democrático"[42]. De igual modo, sostiene lo siguiente:

> "No puede haber una tensión entre el reconocimiento de derechos y la operación del proceso democrático puesto que el valor del proceso democrático emana de su capacidad para determinar cuestiones morales así como las referentes al contenido, al alcance y a la jerarquía de los derechos"[43].

Nino piensa, pues, que el proceso democrático sólo tiene valor en la proporción en que pueda reconocer y definir con precisión los derechos humanos. Si el proceso se niega a acatar esos derechos, no puede funcionar apropiadamente y no tiene valor.

Cuando Nino elabora esta idea, su posición se acerca aún más a la de Habermas:

---

39. CDD, página 65.
40. FG, página 647.
41. FG, página 647.
42. CDD, página 39.
43. CDD, página 137.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> "El valor epistémico de la democracia exige que se cumplan ciertos requisitos sin los cuáles no habría razón alguna para adherir a los resultados de la democracia. Estas condiciones incluyen la participación libre y por igual en el proceso de discusión y decisión, la orientación de la comunicación hacia la justificación, la ausencia de minorías marginadas y aisladas, así como la existencia de un trasfondo emocional apropiado para la argumentación. Algunos de estos requisitos para el valor epistémico de la democracia pueden ser vistos como la base para una carta de derechos porque constituyen bienes que se les tienen que otorgar a las personas. Estos derechos, que son requisitos para el funcionamiento propio del proceso democrático, pueden considerarse 'derechos *a priori*'. El respeto por estos derechos promueve la democracia y provee a la misma valor epistémico. A la inversa, si estos derechos no se respetan –por ejemplo, en las decisiones democráticas– no hay razón alguna para que una persona en ejercicio de su razón práctica se adhiera al resultado del proceso"[44].

Al propugnar que la democracia tiene un valor epistémico, Nino quiere decir que ella nos ayuda a conocer ciertas verdades morales, entre las que se encuentran aquellos derechos que se podrían denominar *a posteriori*. Más, para desempeñar esta función epistémica, tienen que cumplirse ciertos requisitos. La democracia, dicho de otro modo, tiene que concederles a sus ciudadanos otros derechos, denominados *a priori* por Nino.

Este es exactamente el argumento habermasiano descripto anteriormente. Los derechos que Nino designa *a posteriori* equivalen a los derechos negativos de libertad y los derechos sociales de participación mientras que los *a priori* corresponden a los derechos políticos de participación. Estos últimos, afirma Habermas, "son condiciones necesarias, que *posibilitan*, en primer lugar, el ejercicio de la autonomía política; como condiciones posibilitadoras no pueden *limitar* la soberanía del legislador, si bien no están a completa disposición de éste"[45]. Nino diría, paralelamente, que los derechos *a priori* son los que permiten al proceso democrático desempeñar su función epistémica y que, por ende, no limitan sino que posibilitan a la democracia.

IV. CONSTRUCTIVISMO ONTOLÓGICO

A pesar de estos paralelos, Nino se esmera por distinguir su teoría de la de Habermas. Con este fin en la mira, Nino relata:

> "Contrario a Habermas, yo no concibo el consenso –formado en condiciones ideales– como constitutivo de las soluciones justas. Tampoco creo que la empresa de la discusión es la manera exclusiva de llegar a conocer esas soluciones justas"[46].

Nino atribuye un concepto de la moralidad que denomina "constructivismo ontológico"[47] a Habermas. El constructivismo ontológico consiste en dos tesis

---

44. CDD, páginas 138-39.
45. FG, página 162.
46. CDD, página 144.
47. CDD, página 114.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

fundamentales. La primera es de carácter ontológico y es reseñada por Nino en los siguientes términos: "La verdad moral es constituida por el consenso que resulta efectivamente de la práctica real de discusión moral llevada a cabo respetando ciertas restricciones procesales sobre los argumentos"[48]. Nino resume la segunda tesis, de naturaleza epistemológica, así:

> "El método de discusión y decisión colectivas es la única vía de acceso a la verdad moral, dado que la reflexión monológica siempre se ve distorsionada por prejuicios del individuo que, por causa del condicionamiento contextual y la imposibilidad de ponerse en el lugar del otro, lo llevan a favorecerse a sí mismo o a personas que le sean allegadas. Sólo el consenso real, formado tras un debate amplio con pocas exclusiones, manipulaciones o desigualdades, provee acceso confiable a las exigencias de la moralidad"[49].

Nino rechaza ambas tesis y así pretende distanciarse de la perspectiva habermasiana.

Sin embargo, Habermas con certeza también repudiaría ambos postulados. La tesis ontológica lo conduciría a la conclusión absurda de que una aseveración moral no puede ser verdadera hasta que sea aceptada en una discusión moral debidamente reglamentada. Por ejemplo, una persona a quien se le niega la libertad de expresión no podría protestar legítimamente contra el atropello de sus derechos hasta que consiguiera a un grupo de personas que estuvieran dispuestas a dialogar con ella bajo las restricciones procesales establecidas y que, finalmente, asintieran a la reclamación de injuria moral. La tesis ontológica es, además, inconsistente con el método general de Habermas, según el cual, en la discusión moral, muchas verdades morales son presupuestas como ciertas hasta que alguien las rete. En todo caso, para Habermas la verdad de una aseveración moral consiste en el hecho de que podría ser (no de que haya sido) aceptada racionalmente en una situación ideal de discurso.

A pesar de reconocer que en ocasiones Habermas parece rechazar la tesis ontológica, Nino insiste en que a veces Habermas sí la defiende. Pero las palabras de Habermas que cita Nino o bien no vienen al caso o demuestran lo contrario. Por ejemplo, Nino cita la declaración de Habermas de que "el principio de la ética discursiva (...) estipula que sólo aquellas normas que encuentren (o pudieran encontrar) la aprobación de todos los afectados en su capacidad de participantes en un discurso práctico pueden reclamar validez"[50]. Aquí –particularmente entre paréntesis– Habermas está diciendo precisamente que la aprobación que se requiere de las normas válidas puede ser hipotética[51]. Frank Michelman

---

48. CDD, página 113.
49. CDD, página 113.
50. CDD, página 111.
51. Ver además Habermas, Jürgen, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, página 76. "Según la ética de discurso, una norma puede pretender validez sólo si todas las personas posiblemente afectadas por ella, cual *participantes en un discurso práctico*, llegan (o podrían llegar) a un acuerdo de que la norma es válida"; EA, página 49, Según el principio de discurso "solamente las normas que podrían atraer el consentimiento de todas la personas participantes en un discurso práctico pueden pretender validez"; EA, página 59, "sólo pueden pretender validez aquellas normas que podrían, en discursos prácticos, atraer el consentimiento de todas las personas afectadas"; FG, 134, "los consortes en derecho, como participantes en discursos racionales, tienen que poder comprobar si una norma controvertida atrae o pudiera atraer el consentimiento de todas las personas potencialmente afectadas".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

recalca, con acierto, que en la teoría habermasiana "el acuerdo puede ser hipotético o en principio"[52] . Las normas pueden ser válidas aun si no han sido aprobadas discursivamente, siempre y cuando pudieran ser aprobadas.

Habermas podría, en efecto, aceptar la tesis ontológica que Nino presenta como una alternativa y que defiende. "La verdad moral", profesa Nino, "está constituida por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a establecer la cooperación y evitar conflictos"[53]. La formulación de la práctica discursiva probablemente sería diferente en Habermas. Pero en cuanto a la diferencia principal entre las dos tesis, es decir, si hay que llevar a cabo el debate de hecho para que las normas sean válidas, Habermas concordaría con Nino en que no hay que llevar a cabo el debate de hecho.

En cuanto a la tesis epistemológica que Nino le imputa a Habermas, éste también la descartaría. Probablemente Habermas asentiría la tesis epistémica alterna que propugna Nino con estas palabras:

> "La discusión y decisión intersubjetivas son el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, dado que el intercambio de ideas y la necesidad de justificarse ante los demás no sólo amplía el conocimiento propio y revela defectos en el razonamiento, sino que también ayuda a satisfacer el requisito de atención imparcial a los intereses de todas las personas afectadas. Esto, sin embargo, no excluye la posibilidad de que por medio de la reflexión individual se pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas. Pero debe admitirse que este último método es mucho menos confiable que el colectivo en vista de lo difícil que resulta representar fielmente los intereses de los demás y ser imparcial"[54] .

Habermas no negaría que la reflexión individual puede conducir a verdades morales. Él mismo frecuentemente anticipa por sí solo los resultados que tendría la argumentación moral intersubjetiva. Un ejemplo notorio es cuando presenta una justificación de los derechos humanos fundamentales basada en la teoría del discurso[55].

Según Habermas, el debate intersubjetivo es imprescindible solamente cuando el consenso se ha caído, es decir cuando surge una controversia seria dentro de una comunidad moral:

> "Las argumentaciones morales sirven, pues, a la solución de conflictos prácticos. Los conflictos en el ámbito de las interacciones normativas se originan directamente en un acuerdo normativo interrumpido. El trabajo de reparación puede consistir únicamente en garantizar un reconocimiento intersubjetivo para una pretensión de validez que inicialmente era contestable, pero luego dejó de ser problemática para la pretensión alternativa que pasó a substituir la anterior. Este tipo de acuerdo expresa una *voluntad común*"[56].

Es en estos casos que "las tareas que deben ser efectuadas por medio de una argumentación moral no pueden ser llevadas a cabo autónomamente sino

---

52. Michelman, Frank, "Book Review: Between Facts and Norms", 93, *Journal of Philosophy*, 1996, página 308.
53. CDD, páginas 112-13.
54. CDD, página 113.
55. FG, páginas 151-165.
56. Habermas, Jürgen, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, página 77.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que requieren un esfuerzo cooperativo"[57]. Bajo estas circunstancias, no basta que "un individuo contemple si podría asentir a una norma determinada" ni tampoco que "todos los individuos, cada uno para sí, realicen esta contemplación para después tachar sus votos"[58], Habermas insiste en que hace falta "una argumentación 'real' en la cual las personas afectadas participen cooperativamente"[59].

Obviamente, fuera de estas situaciones de conflicto, un individuo puede por sí solo arribar a la verdad moral imaginándose cuál sería el resultado de una argumentación moral. Dentro del sistema moral habermasiano, ésto es lo que tendría que hacer una persona si se preguntara a sí misma (o si le preguntara a un filósofo inquisitivo) si es legítimo suponer la validez de una las normas morales no controvertidas, como, por ejemplo, la que dictamina que no se debe matar. No precisaría salir a buscar un par de amigos y organizar un debate para aclarar sus dudas.

Aun cuando se interrumpe el acuerdo normativo, la necesidad de una argumentación de hecho obedece no a razones epistemológicas, como infiere Nino, sino pragmáticas. En otras palabras, no es que una persona no pueda saber si una norma es o no es consonante con los intereses de otra. Al contrario, Habermas parte de la premisa de que sí puede, pues, de otra manera no tendría sentido argumentar. Habría que aceptar por fe el testimonio de la otra persona a los efectos de que la norma afecta indebidamente sus intereses y seguramente sería imposible encontrar normas que estuvieran en el interés de todos. Habermas está convencido no sólo de que una persona pueda conocer cuáles son los intereses verdaderos de su interlocutor sino también de que la persona tenga, crucialmente, que cuestionar las aseveraciones de éste al respecto. Habermas enuncia que "la descripción dentro de la que cada uno percibe sus intereses tiene también que permanecer accesibles a la crítica de los demás"[60].

La razón por la cual un diálogo real es indispensable en estos casos es de índole pragmática. Habermas asegura que "sólo con la participación efectiva de cada persona afectada puede evitarse una interpretación distorsionada en perspectiva de los intereses propios por parte de los demás"[61]. Habermas está pensando en que las personas tienden a malinterpretar los intereses de los demás, usualmente a su propio favor. Esta tendencia se puede obviar de manera eficaz únicamente con la presencia y participación de los entes relacionados. En cuanto a esta afirmación, Nino le daría toda la razón a Habermas. Se debe notar, además, que aun cuando es preciso un debate es imposible incluir en carne y hueso a todas las personas potencialmente afectadas puesto que se trata típicamente de un grupo gigantesco que incluye seres repartidos por todo el planeta y, quizá, hasta futuras generaciones.

---

57. Habermas, Jürgen, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, página 77.
58. Habermas, Jürgen, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*,1983, página 77.
59. Habermas, Jürgen, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*,1983, página 77. "Solamente un proceso intersubjetivo concordante puede lograr un acuerdo de naturaleza reflexiva. Sólo así pueden los participantes saber que se han convencido conjuntamente de algo".
60. Jürgen Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, página 78.
61. Jürgen Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, páginas 77-78.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. EMOCIONES Y MORALIDAD

En resumidas cuentas, aun con respecto a las cuestiones sobre las que Nino piensa que su teoría y la de Habermas difieren, hay más convergencia que divergencia entre los dos pensadores. Hay otros aspectos de la teoría de Nino que también se asemeja a la de Habermas, como, por ejemplo, la función que desempeñan las emociones o sentimientos en la moralidad[62], Nino afirma que:

> "En la comunicación hay una dimensión afectiva que tiene un papel muy importante en la discusión moral y en su sucedáneo democrático. Sin embargo, este papel es auxiliar al valor epistémico del proceso de argumentación y decisión colectiva"[63].

Por un lado, Nino ve en esta limitación de la función de las emociones una ventaja puesto que "la presencia de algunos factores emocionales en la discusión moral y el proceso democrático puede actuar en contra del descubrimiento de la verdad moral"[64]. Por otro lado, Nino no quiere excluir totalmente a las emociones del proceso democrático porque "hay formas importantes en que las emociones pueden adelantar el progreso de un proceso genuino de argumentación"[65]. Nino explica que las emociones son las que:

> "En primera instancia nos llevan al proceso de discusión moral y nos mueven a convencer a otros sobre la corrección de nuestras posiciones. Obviamente hay un factor emocional de por medio en nuestro esfuerzo por justificar nuestras acciones y actitudes frente a otras personas, sobre todo frente a aquellos que se pudieran ver afectados por dichas acciones y actitudes. Las emociones también juegan un papel en la evaluación de los intereses de los demás. En un conflicto determinado tenemos que imaginarnos vivamente lo que está en juego para los demás, lo cual requiere un proceso emocional de identificación"[66].

Además, subraya Nino, "las emociones contribuyen al proceso de argumentación a través de las sanciones informales de culpa y aislamiento social que se imponen a aquellos que cometen equivocaciones evidentes o faltas egoístas en el proceso de argumentación"[67].

De igual modo, Habermas concede a las emociones o, mejor dicho, a los sentimientos una función importante, pero secundaria a la del juicio moral. Los sentimientos entran en la dinámica de la discusión moral, según Habermas, sólo en la medida en que expresen un juicio moral con un contenido racional. Habermas se concentra, pues, en aquellos "sentimientos, mediante los que se asume una posición" y que "implícitamente expresan juicios"[68] o, dicho de

---

62. Así sus teorías atienden la advertencia de Bernard Williams en el sentido de que "el menosprecio de la psicología moral y específicamente del papel que desempeñan las emociones en la moralidad ha distorsionado y restado realismo a mucha de la discusión reciente". Bernard Williams, *Problems of the Self*, 1973, página 166.
63. CDD, páginas 124-25.
64. CDD, página 125.
65. CDD, página 125.
66. CDD, página 125.
67. CDD, página 125.
68. EA, página 12.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

otra manera, en aquellos en los que "se revela la pretensión de que los juicios morales pueden fundamentarse"[69]. Habermas explica que estos sentimientos se distinguen de otros en que "están entrelazados con obligaciones que pueden ser redimidas racionalmente"[70]. "Inclusive el concepto central de la obligación", dice Habermas, "abarca no sólo el contenido de los mandamientos morales, sino además el carácter peculiar de la validez del deber, reflejado también en el sentimiento de estar obligado"[71].

Habermas coincide con Nino específicamente cuando explica la función de los sentimientos dentro del sistema de incentivos y sanciones de la moralidad:

> "Posiciones críticas y autocríticas frente a transgresiones se manifiestan en actitudes sentimentales: desde la perspectiva de terceros en la forma de antipatía, indignación y desprecio; desde la perspectiva de la persona afectada frente a la otra persona en la forma de un sentimiento de ofensa o resentimiento; desde la perspectiva de la primera persona en la forma de vergüenza y culpa. Las reacciones sentimentales afirmativas correspondientes son la admiración, lealtad, agradecimiento, etc."[72].

Tanto Habermas como Nino entienden que las únicas sanciones que puede haber en la moralidad son las que operan a través de los sentimientos o las emociones de las personas.

VI. Democracia como sucedáneo de moralidad

A pesar de todas estas similitudes existe una diferencia fundamental entre la visión de la democracia deliberativa de Nino y la de Habermas. Nino entiende el proceso democrático "como un sucedáneo de la práctica informal de discusión moral"[73]. Nino hace suya la idea de Robert Alexy de *Sonderfall*, según la cual, en palabras de Nino, "el discurso jurídico es un tipo especial de discurso moral"[74].

> "La tesis puede ser expresada (...) diciendo que una práctica social –como, por ejemplo, una constitución vista como una práctica social– no puede justificar por sí misma acciones o decisiones; sólo puede constituir un hecho condicional que determina la aplicabilidad de ciertos principios morales que justifican acciones o decisiones"[75].

Nino está convencido, generalmente, de que el proceso democrático legitima sus resultados sólo en la medida en que opera como la discusión moral. La única que distingue a dicho proceso de ésta, según Nino, es que tiene un límite de tiempo. "Así", afirma Nino, "se puede definir la democracia como un proceso de discusión moral con un límite de tiempo"[76].

Habermas ataca esta idea de Alexy. "La tesis (…) de que el discurso jurídico se debe concebir como un caso especial del discurso moral (de

69. EA, página 13.
70. EA, página 13.
71. EA, página 12.
72. EA, página 12.
73. CDD, página 121; ver también CDD, página 116.
74. CDD, página 27.
75. CDD, página 27.
76. CDD, página 118.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aplicación)", anota Habermas, "ciertamente no le hace justicia a la compleja relación que existe entre la justicia y la legislación"[77]. Por supuesto, Habermas reconoce que los argumentos morales intervienen en el proceso democrático y que proveen justificación para algunas normas de derecho: "A través del procedimiento democrático de legislación política fluyen argumentos morales (entre otros) en la justificación de la promulgación (*Setzung*) de normas y así en el derecho mismo"[78]. La moralidad desempeña una función tanto en el discurso político, que produce y justifica las normas de derecho, como en el discurso jurídico, donde se aplican las normas de derecho. Las normas de derecho basadas en razones morales, inclusive, tienen un rango supremo en estos discursos: cualesquiera de las demás normas que choquen con ellas tiene que ser descartadas[79]. "Sin embargo, ni de la prioridad heurística que tiene el discurso moral y práctico, ni siquiera del requisito de que las reglas de derecho no pueden contradecir a las normas morales", protesta Habermas, "resulta de por sí que los discursos jurídicos puedan ser concebidos como un subconjunto de las argumentaciones morales"[80], Habermas diría exactamente lo mismo del discurso político.

Habermas recalca que el discurso jurídico y político es mucho más rico que su contraparte moral, pues, abarca otras clases de argumentaciones además de las morales. Elabora su pensamiento en los siguientes términos:

> "La legitimidad de las normas de derecho se mide –si nos basamos en una teoría de procedimiento– en términos de la razonabilidad del procedimiento democrático de legislación política. Este procedimiento es (...) más complejo que el de argumentación moral porque la legitimidad de las leyes no se mide en términos de la corrección de los juicios morales sino, entre otras cosas, en términos de la disponibilidad, plausibilidad, relevancia y selección de informaciones, en términos de la fertilidad del procesamiento de información, en términos de la adecuación de las interpretaciones de la situación y de los planteamientos del problema, en términos de la racionalidad de las decisiones electorales, la autenticidad de las valoraciones de peso, y sobre todo en términos de la imparcialidad de los compromisos alcanzados, etc."[81].

En otras ocasiones, Habermas desglosa más sistemáticamente los diferentes tipos de razones que justifican las normas de derecho. Estas normas, según Habermas, son normas de acción estructuradas no sobre la base de principios morales sino del principio democrático y justificadas por medio de "razones pragmáticas, ético-políticas y morales"[82].

Las razones morales, en la visión de Habermas, se aplican, universalmente, en todas partes y a todas las personas:

> "En planteamientos de cuestiones morales la humanidad, o una presunta república de ciudadanos del mundo, constituyen el sistema de referencia para la fundamentación de reglamentaciones que están en el interés de

77. FG, página 242.
78. EA, página 236.
79. FG, página 128.
80. FG, página 283.
81. FG, páginas 285-86.
82. FG, página 139. Ver además EA, página 297.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> todos por igual. En principio, las razones decisivas tienen que poder ser aceptadas por cualquiera"[83].

Así, la prohibición del homicidio podría entenderse como una norma de derecho cuya justificación se basa en razones morales y por eso es válida dentro de todos los sistemas de derecho. Las razones que sustentan esta norma –afirmaría la teoría de Habermas– podrían ser aceptadas por cualquiera, sin tener en cuenta el contexto histórico, social, subcultural o individual. En otras palabras, en cualquier época, sociedad, así como cualquier subgrupo o individuo dentro de una sociedad determinada, podría acceder a dichas razones: todos se pueden dar cuenta de que la norma es imparcial y adelanta los intereses de todos por igual. Por otro lado, proseguiría el argumento habermasiano, la norma opuesta, que establece que el homicidio es permisible, podría ser rechazada razonablemente, particularmente por los más débiles en la sociedad cuya supervivencia se vería constantemente amenazada. Los más fuertes, aun cuando percibieran que esta norma los beneficiaría, no podrían insistir en ella, ya que tendrían que reconocer su parcialidad y carencia de una base de intereses generalizados.

Habermas hace hincapié en el hecho de que el discurso político y jurídico incluye también cuestiones ético-políticas[84]. En consecuencia, las normas de derecho pueden sostenerse con razones éticas o políticas:

> "Los planteamientos de cuestiones ético-políticas sobre la forma de vida 'de cada una de nuestras' colectividades políticas constituyen el sistema de referencia para la fundamentación de reglamentaciones que sirvan de expresión a un conocimiento propio, consciente y colectivo. En principio, las razones decisivas tienen que poder ser aceptadas por todos los miembros que comparten "nuestras" tradiciones así como las valoraciones de peso"[85].

Contrario a las normas de derecho sobre cuestiones morales, las normas sobre asuntos ético-políticas no son deontológicas sino teleológicas. Es decir, no imponen obligaciones independientemente de los fines de los sujetos sino que son vinculantes en la medida en que éstos adopten un fin o un *telos* particular[86]. Claro, las normas ético-políticas presuponen que el fin que las estructura es un fin colectivo, compartido por una comunidad concreta. Por ejemplo, Habermas diría que una nación que adopta como norma de derecho la prohibición de la actividad comercial en el día en que se celebra la declaración de la independencia expresa así su compromiso con el fin de honrar su lucha por la soberanía nacional. Obviamente, de acuerdo con Habermas, la norma no se aplicaría en una sociedad en la que no se compartiera el mismo fin.

El discurso político y jurídico involucra, finalmente, la negociación. Habermas escribe:

> "Las oposiciones entre intereses precisan de una nivelación racional de las orientaciones de valores y configuraciones de intereses en competencia. Así, la totalidad de grupos sociales o subculturales que participan

83. FG, página 139.
84. FG, página 126 y 188.
85. FG, página 139. Ver también EA, páginas 252 y 254.
86. FG, páginas 127 y 188.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> inmediatamente, constituyen el sistema de referencia para la negociación de compromisos. En principio, en la medida en que se llega a estos compromisos en condiciones leales de negociación, ellos tienen que poder ser aceptados por todas las partes, inclusive (según sea el caso) sobre la base de razones diferentes"[87].

Las cuestiones transaccionales, no representan a la totalidad de la sociedad, ni mucho menos de la humanidad, sino a los subgrupos sociales que constituyen el sistema de referencia para fundamentar reglamentaciones que son el resultado de compromisos a los que se llega en condiciones leales de negociación. Dentro de este marco teórico, las razones específicas que llevan a los diversos grupos a aceptar las reglamentaciones pueden variar. Ellos están generalmente dispuestos a apoyar los acuerdos por la lealtad de las condiciones de negociación.

A modo de ilustración se podría invocar el caso una comunidad afectada gravemente por la contaminación del aire y dividida entre un grupo de fuerte orientación ecologista que aboga por restricciones tajantes al uso del automóvil y un grupo que se opone a medidas extremas. Supongamos que se termina adoptando una solución negociada que prohiba el uso de automóviles cuyo número de matrícula termina en dígito par los lunes y los demás autos los viernes. La teoría de Habermas podría explicar la transacción de la siguiente manera. El primer grupo acepta el arreglo porque piensa que es mejor que el *status quo* y protege algo el ambiente, si bien no tanto como el grupo hubiera querido. El segundo contingente se atiene a lo transigido porque teme la imposición de una medida más radical y porque considera tolerable la inconveniencia que el plan conlleva. A un nivel más general, ambos grupos apoyan el compromiso porque consideran que la negociación que la produjo se llevó a cabo dentro de parámetros de lealtad y equidad.

En vista de esta detallada descripción de las normas de derecho no es para sorprenderse que Habermas rechace las interpretaciones de dichas normas que las reducen a una subcategoría del conjunto de normas morales. Así, apunta que "la mayor complejidad de la dimensión de validez de las normas de derecho prohibe que se asimile la corrección de las decisiones jurídicas a la validez de juicios morales y, en la misma medida, que se conciba el discurso jurídico como un caso especial de los discursos morales (de aplicación)"[88]. De igual manera, el discurso político es más complejo que el discurso moral de justificación, pues a través del primero se producen las normas que el discurso jurídico transporta a los casos concretos, mientras que a través del segundo surgen las normas morales que implementa el discurso moral de aplicación.

Más allá de señalar que en el discurso político y jurídico operan normas más complejas que en el moral (de justificación y de aplicación), Habermas trae a colación que el derecho -o sea, el discurso político y jurídico- se distingue de la moral en que tiende a regular las acciones y no los estados mentales de los individuos. "De esta manera", argumenta Habermas, "una parte del comportamiento sujeto a la evaluación moral –por ejemplo, disposiciones y motivos– está en principio exenta de la regulación

87. FG, página 139. Ver además FG, página 344; EA, página 284.
88. FG, página 286.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

jurídica"[89]. Añade que "mientras que la persona moral yace simultáneamente expuesta por la instancia interna de la prueba de la conciencia, la persona jurídica queda cubierta por el manto de derechos de libertad –moralmente bien fundados"[90]. Esta distinción entre derecho y moral la toma Habermas de Kant. Para Kant, como el mismo Habermas explica, "las 'condiciones de coacción' tienen que ser percibidas por los destinatarios simplemente como una *inducción* a un comportamiento conforme a las reglas, pues la acción por deber o la obediencia al derecho moralmente motivada no puede lograrse a través de la coacción, sino por razones analíticas"[91].

Habermas recalca, de modo más general, dos diferencias fundamentales entre los principios que motivan el discurso jurídico-político y el discurso moral, respectivamente, es decir, el principio democrático y el principio moral[92]. La primera es "la diferencia en el nivel de referencia"[93]. Habermas la elucida en la siguiente dirección:

> "Mientras el principio moral opera al nivel de la constitución *interna* de un determinado juego argumentativo, el principio democrático se refiere al nivel de la institucionalización *externa* –es decir, con efecto sobre la acción– de la participación, bajo condiciones de igualdad, en una formación de opinión y voluntad llevada a cabo a través de formas de comunicación que, por su parte, están garantizadas en el derecho"[94].

El principio moral, pues, especifica las reglas que regirán en un tipo determinado de discurso –es decir, el moral– o que sirven para fundamentar una clase determinada de normas –o sea, las morales.

El principio democrático, por su parte, no precisa las reglas que regulan los tres tipos de discurso que incorpora –es decir el moral, el ético y el de negociación– o que sirven para fundamentar las correspondientes normas. Cada uno de estos tipos de discursos tiene sus propias reglas que aportan a la fundamentación de las reglas correspondientes:

> "El principio democrático, por ende, no ofrece una respuesta a la pregunta si es que se pueden o cómo es que se pueden tramitar discursivamente los asuntos políticos –esta pregunta se tiene que aclarar anteriormente con una teoría de la argumentación. Bajo el supuesto de que es posible formar políticamente la opinión y la voluntad de manera razonable, el principio democrático sólo declara cómo es que se puede institucionalizar

---

89. EA, página 236.

90. EA, página 236.

91. FG, página 46 (citando a Kant, *Einleitung in die Rechtslehre*, Werke (Weischedel), Bd. IV, página 338). Ver también EA, páginas 236 y 296.

92. Habermas hace, sin embargo, la siguiente concesión en su libro *Facticidad y validez*: "En mis investigaciones sobre la ética de discurso publicados hasta ahora no he diferenciado suficientemente el principio de discurso del principio de la moral". FG, página 140. El principio de discurso es general y "sólo explica el punto de vista desde el que las normas de acción pueden en todo caso *fundamentarse imparcialmente*". Existen varios tipos de discurso, "dependiendo de la lógica del planteamiento de la cuestión y de las correspondientes clases de razones", *Idem;* "Y, de hecho, se debe demostrar para cada tipo, sobre la base de cuáles reglas pueden contestarse las preguntas pragmáticas, éticas y morales". *Idem*.

93. FG, página 142. Ver además FG, página 141. "Consecuentemente, el principio democrático está en *otro nivel* que el principio moral".

94. FG, página 142.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> dicha formación –es decir, por medio de un sistema de derechos que asegure a cada uno la participación por igual en un tal proceso legislativo cuyas premisas comunicativas estén simultáneamente garantizadas"[95].

Es crucial tener presente que todo esto para nada implica que el principio moral se deba aplicar sólo a un nivel personal o privado, mientras que el principio democrático deba operar en la esfera pública:

> "El principio moral, concebido desde la teoría de discurso, trasciende las fronteras entre el ámbito vital privado y el público –que son históricamente accidentales y se extienden, distintamente, dependiendo de la estructura social– y pone en vigor el sentido universalista de validez de las reglas morales, exigiendo que se traslade la toma ideal de roles –que según Kant cada uno emprende individual y privadamente– a una práctica pública y, sobre todo, llevada a cabo colectivamente"[96].

Habermas añade que es "contra-intuitivo" distinguir tajantemente el principio moral del democrático en términos de lo privado y lo público puesto que hay una dimensión moral en el proceso democrático.

Hecha esta aclaración, Habermas puntualiza otra distinción fundamental entre el principio democrático y el moral basada en "la diferencia entre las normas de derecho y las demás normas de acción"[97]. "Mientras el principio moral abarca todas las normas de acción que se puedan justificar solamente con la ayuda de razones morales", explica Habermas, "el principio democrático cubre normas de derecho"[98]:

> "Frente a las reglas de interacción cuasi-naturales que solamente pueden ser juzgadas desde el punto de vista moral, las normas de derecho son de carácter artificial; ellas forman una capa de normas de acción –una capa que es producida intencionalmente y es reflexiva, es decir, aplicable a sí misma. Por eso es que el principio democrático no sólo establece un procedimiento de legislación legítima, sino que *dirige la producción del medio de derecho mismo*"[99].

De esta manera, el principio democrático tiene que preparar el camino para la creación de las normas de derecho, que son el medio o el lenguaje a través del cual se puede entender la comunidad de derecho.

Como ya se ha indicado, en el proceso democrático descrito por Nino sólo entran cuestiones morales. Queda excluida la consideración de los asuntos éticos contemplados por la teoría de Habermas puesto que éstos no pueden resolverse de manera imparcial, teniendo en cuenta los intereses de todos. Los asuntos éticos se centran en un bien o un fin y exigen que se determine cómo adelantar mejor este último. Así, pues, las razones ético-políticas no son admisibles en la deliberación democrática, según la define Nino, porque se parcializan a favor de fines particulares que pueden ser ajenas a algunas de las personas interesadas.

---

95. FG, página 142.
96. FG, página 141.
97. FG, página 142.
98. FG, página 142.
99. FG, página 142.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En la visión del proceso democrático de Nino no hay lugar tampoco para la cuestión negociada, como categoría independiente. Nino reconoce que "la negociación (está) presente en el proceso democrático"[100], pero apunta, "que la negociación basada puramente en intereses con frecuencia amenaza seriamente el proceso democrático"[101]. "Cuando individuos y facciones compiten sobre la base de sus respectivas fuerzas, valores como el de la equidad se ven en peligro, los derechos no están asegurados, surgen problemas de acción colectiva y, sobre todo, no hay fundamento para presumir que el resultado del proceso sea justo"[102]. En vista de esta situación, Nino propone "reorientar el proceso de negociación para que sirva como un procedimiento genuino de argumentación y decisión mayoritaria"[103]. Específicamente sugiere que la negociación:

> "Puede ayudar a alcanzar la imparcialidad en el proceso de argumentación porque fuerza a los participantes del proceso a atender tantos intereses como sea posible y a ofrecer soluciones que satisfagan esos intereses, por miedo de perder el favor de la mayoría. Cuando se desatienden los intereses aun de unas pocas personas, esto presenta una amenaza para aquéllos que sostienen el apoyo mayoritario, puesto que un surgimiento de apoyo a última hora a favor de unos pocos disidentes podría impregnarse entre los participantes de la coalición dominante"[104].

Contrario a Habermas, Nino no ve en la negociación una clase de discurso diferente al moral sino un tipo de acción estratégica. Como tal, la negociación representa un peligro para el proceso democrático y tiene que ser domesticada para que adelante (en vez de obstruir) apuntale dicho proceso. Transformada así puede fungir de mecanismo de coerción para presionar a los participantes en el proceso democrático a que tomen en cuenta los intereses de todos. Pero "no le confiere (a la negociación) un valor independiente"[105].

De mayor relevancia es el hecho de que en Nino la negociación no puede, como en Habermas, servir para mediar en los desacuerdos irresolubles entre subgrupos concretos dentro de la sociedad. Para Nino, la democracia no debería ser un debate entre grupos preestablecidos sino entre individuos. Sólo así, en su opinión, se puede evitar que uno de estos grupos integrados por una mayoría de los ciudadanos vote como bloque permanente e irreflexivamente y, de esta suerte, oprima a los demás y elimine la dimensión deliberativa del proceso. "En una democracia que funcione, es esencial que la mayoría nunca sea un grupo determinado de la población sino que sea una figura que se refiere a individuos que cambian constantemente según la cuestión en debate"[106].

Todos estos contrastes entre Nino y Habermas sugieren que la visión del proceso democrático de Nino es demasiado simplista. Como señala Habermas, "el concepto de la política deliberativa adquiere una referencia empírica sólo si tomamos en consideración la *variedad* de formas comunicativas, de argumentos

---

100. CDD, página 126.
101. CDD, página 126.
102. CDD, página 126.
103. CDD, página 126.
104. CDD, página 127.
105. CDD, página 126.
106. CDD, páginas 126 y 127.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y de institucionalizaciones jurídico-procesales"[107]. Reducir el proceso democrático a una discusión moral, como lo hace Nino, conlleva desatender aspectos fundamentales –si bien no morales– de ese proceso. Desde la perspectiva que esboza Nino, se pueden considerar cuestiones de principios pero no de política publica –para emplear la terminología de Dworkin[108]. Los asuntos de política pública son parte integral del proceso democrático. Entre estos asuntos están tanto aquéllos sobre los que se puede llegar a un acuerdo racional pero que no son morales –los cuales, según Habermas, se fundamentan con razones ético-políticas– como aquéllos sobre los que sólo se puede lograr un arreglo o un compromiso –los cuales son objeto de negociaciones en la teoría habermasiana.

Esta no es una objeción puramente semántica. Sería incorrecto decir que Nino sencillamente usa el término "moralidad" en un sentido más amplio que Dworkin o Habermas, de manera que abarca tanto discusiones sobre principios como sobre política pública. Cuando Nino categoriza un tema como moral implica que tiene la capacidad de suscitar un consenso racional e imparcial, o sea, que hay una posición al respecto que todas las personas afectadas podrían aceptar como correcta. Las cuestiones de política pública no caben dentro de esta rúbrica de lo moral. No tienen soluciones correctas en este sentido. Se deciden sobre la base de valores que no todos comparten o, tal vez, por medio de arreglos con los que las personas se conforman.

A modo de ilustración se podría pensar, en el caso en que la pregunta sea si se debiese construir un parque público. Es imposible hallar una respuesta en que todas las personas afectadas pudieran acordar que es acertada. Siempre va a haber personas que se opongan al proyecto y no por defectos en la deliberación moral –por ejemplo, aquéllas con residencias adyacentes que peligren perder parte de su valor. Si, a pesar de todo, se decide construir el parque público, se podría explicar la decisión en términos de un fin que la comunidad en su mayoría acepta, como el de fomentar el ocio y recreo a nivel colectivo, o en términos de una negociación que llevó a las personas interesadas a transigir. Resultaría poco plausible analizar la decisión exclusivamente en términos morales.

VII. VARIABILIDAD EN LA DEMOCRACIA

Equiparar el proceso democrático con una moralidad universalista da lugar a una segunda clase de dificultad en la teoría de Nino: la exclusión de la posibilidad de variaciones nacionales genuinas a largo plazo. El modelo de Nino sugiere que hay sólo una respuesta correcta a los interrogantes que enfrenta el debate democrático. Vistas desde la óptica de Nino, las diferencias que surgen se deben a distorsiones o a las limitaciones temporales en la discusión. Pero a la larga, a la vez que las diferentes sociedades deliberan ampliamente y sin coerción, debería haber una tendencia hacia la convergencia.

Esta visión homogenizante, sin embargo, no es convincente. Con un vistazo somero a un puñado de países –como Alemania, Estados Unidos, Brasil, Japón–

---

107. FG, página 345. Ver también EA, página 274.

108 Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, páginas 22-28; *A Matter of Principle*, 1985, páginas 72-103.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se perciben marcadas diferencias tanto en la constitución como en los resultados del proceso democrático. Estas divergencias, que no pueden ser descartadas como meras cuestiones de detalles, tienden a asentarse, no a desaparecer, con el transcurso del tiempo y sería altamente dudoso atribuirlas a tergiversaciones de la democracia. Nino opina que cuando se oponen concepciones de la democracia –como por ejemplo la presidencial y la parlamentaria– una de ellas es correcta y que la deliberación determina cuál[109]. Pero es más acertado pensar que hay no sólo dos, sino múltiples concepciones –diversos sistemas presidenciales, así como distintos acercamientos al parlamentarismo– con ventajas y desventajas y que la concepción más apropiada depende en parte del contexto nacional. Lo mismo aplica a diferencias sobre la mejor respuesta a las preguntas que se le presentan en las comunidades democráticas. Si el interrogante fuera, por ejemplo, si el estado debiese desviar fondos destinados a la construcción de parques públicos hacia el sistema educativo, la contestación variaría de una sociedad a la otra. El proceso democrático se ocupa, paradigmáticamente, de este tipo de cuestión concreta. Asuntos abstractos, afectados menos por el contexto social, surgen infrecuentemente.

Es preciso notar que dentro del esquema teórico de Nino, aunque el proceso democrático idealmente tiende a ser el mismo en todas partes, la constitución histórica de cada nación puede restringir dicho proceso y así frenar la tendencia a la convergencia. Por supuesto, las variaciones en las constituciones históricas no pueden ser inmensas puesto que Nino condiciona la legitimidad de la constitución histórica a la satisfacción de "los requisitos de que se promueva un proceso democrático para tomar decisiones y de que se reconozcan derechos fundamentales"[110]. No obstante, Nino insiste en que:

> "Es importante tomar en consideración cualquier alternativa realista a la preservación de la constitución histórica. Aun cuando ésta esté lejos de satisfacer las constricciones de un proceso democrático legítimo y del reconocimiento de derechos fundamentales, es posible que cualquier otra alternativa realista esté aún más lejos. Las alternativas más probables a la constitución histórica pueden ser un gobierno autoritario o la anarquía, en cuyo caso los desiderata asociados con la legitimidad de la constitución histórica, como los ideales de democracia y derechos, estarían aún menos satisfechos"[111].

Nino sugiere aquí que en algunas circunstancias hay que solidarizarse con una constitución histórica que diste de la ideal y que, por lo tanto, impida

---

109. Nino se inclina por el sistema parlamentario porque, supuestamente, supera al presidencial en la capacidad de mantenerse estable aun cuando la participación electoral es alta. Basándose en la teoría de Fred Riggs, Nino postula que "en las elecciones parlamentarias, los partidos que representan los intereses de los sectores más pobres de una sociedad son capaces de generar una participación más amplia sin agotar el sistema". CDD, página 157.

110. CDD, página 39. Estos requisitos "nos llevan a evaluar la legitimidad de la constitución histórica en términos de si ésta es la expresión de un consenso democrático, resultado de una deliberación amplia y libre, y de si también provee una base para llegar a un consenso y deliberar respecto a las normas de categoría inferior. Además, podemos evaluar el grado en el que la constitución reconoce aquellos derechos fundamentales que son requisitos para una operación propia del proceso democrático". CDD, página 39.

111. CDD, página 39.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el completo funcionamiento del proceso democrático y reconocimiento de los derechos humanos. De esta suerte, las diferencias en la operación de la democracia van a ser en función de la distancia entre la constitución histórica y la ideal.

Ahora bien, las divergencias nacionales van a ser mitigadas por la constitución ideal universal. "[L]os principios y procedimientos de la constitución ideal" no sólo son "la última corte de apelación" para determinar la legitimidad de la constitución histórica –es decir, si ésta se debe acatar o no– sino que también "pueden ser invocados para resolver los inevitables aspectos indeterminados que quedan en una constitución, inclusive en una concebida como práctica o convención"[112]. En resumidas cuentas, el proceso democrático puede que opere de diversas maneras por los límites que le impone la constitución histórica pero, dado que esa constitución no puede legítimamente apartarse demasiado de la constitución ideal y que la ineludible falta de determinación en aquélla se resuelve a través de ésta, las variaciones nacionales no van a ser extremas.

Habermas, por su parte, permite mucha más variedad puesto que, en su opinión, el proceso democrático abarca también cuestiones éticas y negociadas. Con respecto a las cuestiones éticas, el grado en que diferentes sociedades tengan diferentes valores o diferentes conceptos de cómo se debe vivir colectivamente, va a haber ineluctablemente divergencias. Una comunidad, por ejemplo, puede comprometerse de manera espléndida con la educación de sus miembros y dedicar más fondos a ese fin que otra comunidad que se identifique menos con la misión educativa. En asuntos sujetos a transacción, la cantidad y las prioridades de los subgrupos en una sociedad determinada van a afectar tanto el número de asuntos que se resuelven por medio de la negociación, así como la forma específica en que se resuelvan. En vista de esto, Habermas podría reconocer la legitimidad tanto del uso estadounidense de programas de acción afirmativa o discrimen compensatorio como del rechazo japonés de dichas medidas. La teoría habermasiana se abre así a la posibilidad de enormes variaciones en el producto de lo deliberación democrática. Sólo las cuestiones morales tienen que ser resueltas idénticamente, sin tener en cuenta el contexto nacional.

VIII. VARIABILIDAD EN CUESTIONES MORALES

Por supuesto, la homogeneización en la democracia habermasiana al nivel dónde operan razones morales no se debe trivializar. Las normas de derecho de contenido moral no son simplemente unas más entre los componentes del discurso político sino que tienen, como ya se ha señalado, prioridad sobre otras normas, es decir, sobre las de carácter ético-político o sobre la negociación. Así pues, Habermas elimina la posibilidad de variedad en los aspectos más fundamentales del proceso democrático. Los derechos humanos básicos, por ejemplo, tienen que ser los mismos en todas partes.

Habermas tiene perfecta conciencia de esta consecuencia. Si bien estipula que hay diferencias en la interpretaciones específicas de una sociedad a la otra, se aferra a la noción de que hay sólo un sistema de derechos válido. "Consecuentemente", afirma que, "las cartas de derechos fundamentales de

112. CDD, páginas 40-41.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las constituciones históricas pueden entenderse como interpretaciones contextuales *del mismo* sistema de derechos"[113]. En el universo habermasiano, las constituciones legítimas tienen que incluir esencialmente los mismos derechos.

Esta convergencia moral tiene su atractivo puesto que permite la imposición de límites universales a las manifestaciones ético-políticas y negociadas de la democracia. A partir de la moral universal es que se define el sistema de derechos que posibilita la democracia y que todo orden constitucional debe respetar. El acercamiento habermasiano facilita así la crítica externa de regímenes aberrantes y esquiva el relativismo crónico. Habermas está en posición de rechazar, de entrada, todo sistema político o jurídico cuya constitución o práctica constitucional atente contra el sistema de derechos.

Sin embargo, uno bien se podría imaginar, siguiendo a Charles Taylor, dos constituciones que sean ambas legítimas pero que no amparen los mismos derechos. Así, según Taylor, está perfectamente justificado que en el Canadá inglés se le garantice a los ciudadanos completa neutralidad estatal respecto a cuestiones culturales mientras que en Quebec el Estado se parcialice a favor de la amenazada cultura franco-canadiense y asegure a los ciudadanos libertades culturales sólo a nivel personal. Los anglo-canadienses, de esta manera, optan por un liberalismo procesal[114], mientras sus contrapartes quebequeses prefieren (con el mismo derecho) "un modelo de la sociedad liberal más bien diferente", basado en metas colectivas[115]. Taylor arguye que, aunque hay un subgrupo de derechos individuales fundamentales que todo Estado liberal debe respetar, fuera de éstos hay mucho espacio para justas discrepancias en cuanto a las garantías ciudadanas[116].

---

113. FG, página 162. Ver además FG, páginas 163, 226, 238, 379, 527; EA, página 245.

114. "Aquellos que defienden la posición de que los derechos individuales siempre van primero y que, junto a los principios contra la discriminación, tienen prioridad sobre las metas colectivas frecuentemente parten de una perspectiva liberal que se ha difundido cada vez más en el mundo anglo-americano". Taylor, Charles, *Multiculturalism and 'The Politics of Recognition'*, Princeton University Press, Princeton, 1992, página 56, (en adelante PR). Ver también, *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, Guy Laforest Ed., 1993, página 129-130, (en adelante RS). Este liberalismo procesal "exige que el estado sea neutral con respecto a los diversos conceptos del buen vivir apoyados por los ciudadanos". RS, página 159.

115. PR, página 59. Taylor sostiene que la versión quebequés del liberalismo choca con el liberalismo procesal del resto del Canadá reflejado en el intento por eliminar la cláusula de la "sociedad distinta" o subordinarla a la carta constitucional vigente. "Desde el punto de vista de Quebec", anota Taylor, "este intento por imponer un modelo procesal de liberalismo no solamente quitaría fuerza a la cláusula de la sociedad distinta, sino que también expresaría el rechazo del modelo liberal en que se funda esta sociedad". Ese modelo no procesal en gran medida se basa "en convicciones sobre qué constituye una buena vida, en las cuales la integridad de las culturas ocupa un puesto importante". PR, página 61.

116. Taylor explica que "una sociedad liberal se distingue como tal por la manera en que trata a sus minorías, inclusive aquellas que no comparten las definiciones públicas del bien y, sobre todo, por los derechos que se le conceden a todos sus miembros. Pero ahora los derechos en cuestión se conciben como aquellos que son fundamentales y cruciales y que han sido reconocidos como tales desde los comicios de la tradición liberal: derechos a la vida, a la libertad, al debido proceso, a la libertad de expresión, a la libertad de culto, etc.". PR, página 59. Ver además RS, página 176. "Una sociedad con metas colectivas fuertes puede ser liberal", Taylor advierte, "siempre y cuando sea capaz de respetar la diversidad, especialmente en lo que concierne a aquellos que no compartan esas metas, y pueda ofrecer una protección adecuada a los derechos fundamentales". RS, página 177. Estos derechos encuentran sustento no sólo en el derecho internacional sino que también en la cultura política de Quebec. Taylor afirma que "la fusión de la democracia liberal y la identificación nacional es tan completa en Quebec hoy como en cualquier otra sociedad occidental". RS, página 99. Ver RS, páginas 155-56.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"Los liberales procesales del Canadá inglés", aconseja Taylor, "simplemente tienen que reconocer, primero, que hay otros modelos posibles de la sociedad liberal y, segundo, que sus compatriotas francófonos desean vivir de acuerdo a tal alternativa"[117].

¿Bastaría, entonces, con que Habermas simplemente redujera el ámbito moral a ese subconjunto de derechos individuales fundamentales y mínimos que aduce Taylor? Indudablemente de esta manera aumentaría el espacio para divergencias justificadas entre los sistemas democráticos. No obstante, Habermas se sentiría claramente insatisfecho con esta modificación a su teoría. Tendría reservas tanto de índole específico como general.

Con respecto al problema concreto en cuestión, Habermas enuncia que si bien "la teoría de derechos de ninguna manera prohibe a los ciudadanos del Estado de derecho democrático, dentro de su orden intra-estatal (*gesamtstaatlich*), hacer valer un concepto del bien", sí "prohibe privilegiar una forma de vida a expensas de otra dentro del estado"[118]. En otras palabras, los ciudadanos puede fomentar su concepto del bien por sí mismos pero no pueden exigir que el estado se alíe con ellos en esta faena. Habermas recomienda "la neutralidad ética del orden jurídico estatal"[119], frente a la pléyade de subgrupos y culturas étnicas. Bajo estas circunstancias, el Estado debe dedicarse casi exclusivamente a la cultura política compartida, basada en la perspectiva moral.

En efecto, a la vez que merman los valores que comparte la sociedad en su totalidad, disminuye la cantidad de asuntos éticos procesados por las instituciones políticas y jurídicas. Habermas manifiesta:

> "Bajo las condiciones del pluralismo cultural y social, frecuentemente posan, tras los fines políticamente relevantes, intereses y valores que de ninguna manera son constitutivos para la identidad de la colectividad enteramente, o sea, para la totalidad de una forma de vida intersubjetivamente compartida. Estos intereses y valores que se encuentran en conflicto sin posibilidad de consenso requieren un arreglo al que no se puede llegar mediante discursos éticos"[120].

Es decir, muchas de las cuestiones que en una comunidad culturalmente homogénea se resuelven como éticas, en sociedades multiculturales se deben transar luego de una negociación. En efecto, Habermas opina que la causa de las "batallas culturales, en las que las minorías menospreciadas se resisten contra una cultura mayoritaria insensible", se fundamenta "no en la neutralidad ética del orden jurídico estatal", sino en "la impregnación inevitablemente ética de la comunidad jurídica y del proceso democrático en el que se consagran derechos fundamentales"[121]. De esta sentencia se llega a la conclusión de que para superar estos conflictos hay que reducir la contaminación ética de la deliberación democrática. En resumidas cuentas, según Habermas, una campaña estatal en pro de uno de los subgrupos culturales no sólo quebrantaría principios morales universales sino que intensificaría las tensiones étnicas.

---

117. RS, página 178.
118. EA, página 257.
119. EA, página 255.
120. FG, página 344. Ver también FG, páginas 320 y 340; EA, página 284.
121. EA, página 255.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No es de sorprenderse, pues, que Habermas vislumbre una "solución federalista" en Quebec que permita a los ciudadanos quebequeses gozar de una "autonomía cultural"[122]. En esta visión, el estado de Quebec adquiriría poderes adicionales, aun tendría que mantenerse neutral frente a la multiplicidad de conceptos del bien y fiel al sistema universal de derecho. La autonomía cultural sería ejercida no por el Estado sino por los individuos. Habermas entiende que de esta manera "cambian las unidades fundamentales de los ciudadanos que participan en el proceso democrático en determinadas áreas de la política, pero no los principios de ese proceso"[123].

Habermas rechazaría la enmienda propuesta, generalmente, porque consideraría que implicaría un empobrecimiento injustificable del sistema de derechos que fundamenta la democracia. Éste, supuestamente, consiste en una serie de principios robustos que se derivan de un concepto discursivo de la moralidad. El sistema de derechos posibilita la integración social[124], pues es algo (quizá lo único) que la pluralidad de individuos tiene en común[125]. Así se complementa la integración sistémica que se logra por medio de instituciones económicas y administrativas, a la vez que estas instituciones se visten de legitimidad[126]. El sistema de derechos capacita a los ciudadanos a unirse en una asociación libre e igualitaria al cristalizarse en una cultura política[127]. La cultura política estructura la deliberación ciudadana y sirve de estructura a lo que Habermas llama patriotismo constitucional. "Una cultura política liberal", dictamina Habermas, "constituye el único denominador común de un patriotismo *constitucional* que agudiza tanto el sentido de la diversidad e integridad de las diversas y coexistentes formas de vida en una sociedad multicultural"[128].

Habermas obviamente reconvendría contra cualquier intento de reducir estos principios a meras nociones residuales que impongan límites marginales al proceso democrático. Aun si, para eludir las dificultades anteriormente catalogadas, se definieran esas restricciones como internas y no como un contrapeso democrático, Habermas se mantendría firme en su querella. Desde la mira habermasiana, esas nociones mínimas no se derivan propiamente de una moralidad discursiva. Además, carecen de suficiente substancia como para servir de punto de identidad comunitaria y así impulsar el proceso de integración social.

---

122. EA, página 256.

123. EA, página 257.

124. Habermas toma de Kant la idea de que la integración social se logra a través de principios morales capaces de merecer el reconocimiento racional y no coaccionado de las personas, FG, páginas 46-47. Habermas especifica que el proceso de integración social se asienta a la vez que el sistema de derechos se cristaliza dentro de un orden constitucional concreto. El concepto de la integración moral penetra a cabalidad el argumento habermasiano en el libro *Facticidad y Validez*. Ver FG, páginas 46-47, 50, 51-52, 54-55, 56, 57, 58-59, 61, 65, 66, 70-71, 78, 110-111, 172-173, 217, 363, 450, 524, 643-644.

125. FG, página 643.

126. Habermas postula que "la integración de la sociedad" *(gesellschaftliche Integration)*-FG, páginas 54, 59, 61, 65, 128, 327, 363- se desglosa en integración sistémica y social. "Las sociedades modernas", afirma Habermas, "se integran no sólo socialmente por medio de valores, normas y procesos concertantes, sino que también sistémicamente por medio de mercados y el poder desplegado administrativamente". FG, página 58. Ver además FG, páginas 363, 366, 643-644.

127. FG, páginas 226, 449 y 504.

128. FG, páginas 642-643.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Con respecto a la objeción específica habermasiana, habría que notar que falta un argumento de peso para requerirle estrictamente neutralidad ética al Estado. En vista de la precariedad de la cultura nacional y de la necesidad de acción tuitiva coordinada a través del Estado, éste está en todo su derecho cuando toma cartas al respecto, siempre y cuando permita a los individuos optar por cuenta propia la nacionalidad y el concepto del bien que quieren, el estado actuaría de forma irreprochable.

Habermas malinterpreta la crisis en Quebec narrada por Taylor. La población quebequés descrita exige, por el contrario a lo que intuye Habermas, que se le permita al gobierno de Quebec abandonar la neutralidad y parcializarse a favor de la cultura franco-candadiense[129]. Si se deja enteramente en manos de los particulares la tarea de resguardar esa cultura, la cultura va, con toda probabilidad, a perecer o por lo menos a decaer. Desde esta óptica, esa cultura es un bien común en peligro de extinción que los ciudadanos precisan tutelar no individualmente, sino colectivamente a través de los órganos del estado[130]. El proyecto federalista, en la medida en que legitima la acción privada pero no la pública a favor de la cultura nacional, ignora completamente la raíz del problema. Contrariamente a lo que supone Habermas, una postura de neutralidad estatal no aliviaría sino que agravaría el sentimiento quebequés de desprecio cultural y de falta de justo reconocimiento.

Habermas, por supuesto, pretende derivar la prohibición a la parcialidad cultural estatal de su teoría discursiva de la moral. Esta consideración lleva a su objeción general a la reforma sugerida, pues Habermas confía en poder llegar a un sistema de derechos robusto precisamente a través de dicha teoría. Desafortunadamente, la interpretación discursiva de la moralidad que postula Habermas es altamente problemática. Resulta inverosímil suponer que, en una discusión abierta y sin coerción sobre asuntos morales, los participantes –no importa su origen o perspectiva– podrían ponerse de acuerdo. Sólo si la conversación se mantiene en un nivel muy abstracto podría sostenerse esta suposición. Pero a tal nivel, el consenso va a ser prácticamente vacuo, es decir, va a caer sobre aseveraciones banales como "las personas deben obrar bien" o "la acción moral es condenable". Aun si los participantes convergieran en principios algo más específicos, como la inmoralidad del homicidio, probablemente se rompería la concordia al analizar la definición de homicidio.

---

129. PR, página 58, "La sociedad política no es neutral frente a aquellos que valorizan mantenerse fiel a la cultura de los ancestros y aquellos que tal vez querrían desprenderse en nombre de alguna meta individual de auto-desarrollo". Ver también RS, páginas 174-176. Taylor explica que la posición de Quebec es que "una sociedad puede ser organizada alrededor de una definición de la vida buena, sin que esto sea visto como un menosprecio hacia aquellos que personalmente no comparten esta definición". PR, página 59.

130. RS, página 175. "El trato de Quebec como un caso especial es un fin colectivo. La meta es asegurar la prosperidad y supervivencia de una comunidad"; PR, página 58, "Para los gobiernos de Quebec es axiomático que la supervivencia y prosperidad de la cultural francesa en Quebec es un bien"; RS, página 56, "Los habitantes de Quebec son un pueblo pequeño cuyo idioma y cuya cultura se han visto sitiados por mucho tiempo"; RS, página 55, "En Quebec, durante los pasados dos siglos", la cultura ha estado "amenazada"; PR, página 59, "Cuando la naturaleza del bien requiere que se pretenda colectivamente, ésta es la razón para que el bien sea materia de política pública"; RS, página 126, "Está claro, por lo menos en nuestra sociedad, que no se puede concebir un Estado en Quebec al que no se le requiriera la defensa y promoción de la lengua y cultura francesa, con respecto a la diversidad de nuestra población".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Teorías dialógicas de la moralidad como la de Habermas son objetables porque se basan en un universalismo perspectival[131]. En este tipo de universalismo se supone que se puede llegar a principios morales por medio de una perspectiva que trasciende toda particularidad personal o cultural. O, dicho de otra manera, se parte de la premisa de que hay una perspectiva universal, independiente de todo contexto y desde la que se pueden engendrar máximas morales. Sin embargo, es extremadamente difícil definir o aun imaginarse tal perspectiva. En el caso particular de la perspectiva universal discursiva, es prácticamente imposible concebir una conversación en que participe la humanidad en su totalidad o creer que de tal conversación resultaría en un acuerdo sobre normas morales específicas.

Por el contrario, la moralidad tiene que basarse en una comunidad concreta. El alcance de tal moralidad puede ser amplio o casi universal. Un sistema moral podría aspirar así a un universalismo en extensión, aun cuando no pueda ser universalista en perspectiva[132]. Es decir, sus principios se podrían aplicar más allá de la comunidad en cuestión. Pero aquí hay que tener cuidado porque, a la vez que uno se aleja demasiado del punto de origen, algunas de las premisas para la aplicación de esos principios empiezan a desvanecerse. Si el concepto de una buena persona es transportado a un contexto remoto donde los valores, las expectativas y el trasfondo cultural son radicalmente diferentes, hay que hacer tantos ajustes en su aplicación que surgiría la pregunta de si no se trata ya de un concepto diferente[133].

Ante esta objeción, se podría levantar el siguiente interrogante. ¿No se podría fundir la dimensión moral del principio democrático habermasiano con la ética y así obviar la dificultad del universalismo perspectival? Así el peso normativo caería sobre la esfera ético-política. Dentro del marco de referencia de Habermas, las cuestiones éticas sí son resueltas desde la perspectiva de una comunidad concreta. Si los asuntos morales son trasladados al ámbito ético se podría prescindir de la tan problemática perspectiva universal.

En general, como famosamente ha señalado G.W.F. Hegel, las normas morales tiene que ser interpretadas al nivel de una eticidad [*Sittlichkeit*]

---

131. Para una discusión sobre el concepto del universalismo perspectival, ver Oquendo, Ángel, *Convergence and Divergence in Ethics*, página 2 (Tesis Doctoral, Harvard University, 1995).

132. Oquendo, Ángel, *Convergence and Divergence in Ethics*, página 2 (Tesis Doctoral, Harvard University, 1995).

133. Esto es un peligro más inmediato en el caso de conceptos gruesos que en el de conceptos delgados. Bernard Williams explica que los primeros "parecen expresar una unión de hecho y valor" y ofrece los siguientes ejemplos: traición, promesa, brutalidad, coraje, cobardía, mentira, gratitud. Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, 1985, página 129. Ver además *idem*, página 140. "La forma en que estas nociones se aplican está determinada por cómo es el mundo (por ejemplo, cómo alguien se ha comportado) y, sin embargo, su aplicación simultáneamente conlleva, usualmente, una cierta valoración de la situación, de personas o acciones. Además, ellas usualmente proveen (aunque no necesariamente de manera directa) razones para la acción. *Idem*, páginas 129-30. Al contrario, en los conceptos delgados predomina la dimensión estimativa sobre la fáctica. El concepto de una buena persona es un ejemplo, así como el de lo moralmente correcto. Estos conceptos tienden a estar menos arraigados en una sociedad particular que sus homólogos gruesos. Esta distinción entre conceptos éticos gruesos y delgados la identificaba ya José Ortega y Gasset, si bien con una terminología diferente. Ortega y Gasset, José, *Introducción a la estimativa*, Obras Completas, 315, 1955, páginas 318-319.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

concreta[134]. Habermas mismo reconoce la validez de esta sentencia hegeliana[135]. Afirma que "en el discurso práctico, derivamos las acciones y las normas problemáticas de las relaciones del mundo vital de la eticidad substantiva"[136]. Explica así: "una moralidad universal requiere un cierto grado de acuerdo con aquellas instituciones políticas y sociales que ya incorporan conceptos legales y morales post-convencionales…de hecho, el universalismo moral *surgió* en Rousseau y Kant sólo en el contexto de una sociedad que manifestaba los rasgos correspondientes"[137].

En estas declaraciones, Habermas simplemente reconoce que toda visión de la moralidad nace en un contexto histórico y social concreto y reitera que la aplicación de las normas morales varía de una comunidad a otra. Lo primero es innegable y lo segundo no es más que una generalización de lo que Habermas afirma respecto a la cultura política. Así, como el sistema de derechos es esencialmente el mismo, también lo son las normas morales, a pesar de las diferentes interpretaciones. La teoría del discurso excluye tajante y obstinadamente la posibilidad de diferencias contextuales legítimas en las normas morales mismas.

Es pertinente hacer un comentario adicional sobre la propuesta de fusionar el ámbito moral y el ético en Habermas. La narrativa habermasiana sobre la eticidad de por sí también requiere algunas precisiones. Para Habermas, las

---

134. Hegel apuntala que "el punto de vista moral es el punto de vista del 'deber'" y que "el 'deber' se realiza sólo en la eticidad". Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Werke, Bd. 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, § 108; § 108Z. Su idea es que los imperativos morales se concretan en las relaciones e instituciones de la eticidad. El punto de vista moral de por sí, es decir, el punto de vista moral puramente o formal, incluye solamente la noción general de la obligación o, dicho de otra manera, la noción de que uno debe hacer el bien o lo correcto. Mas no tiene "contenido objetivo". *Id*., § 131. No especifica lo que es el bien o lo que es correcto. Hegel, G.W.F., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Werke, Bd. 12, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, página 44; Hegel, G.W.F., *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, Dritter Teil: Die Philosphie des Geistes*, Werke, Bd. 10, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, § 54. No va más allá del "fútil parloteo sobre la moralidad" y no considera la pregunta "*qué*…es moral" o la idea de "un sistema del espíritu que se realiza a sí mismo", Hegel, G.W.F., *Vorlesungen über die Geschichte der Philosphie III*, Werke, Bd. 19, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, página 369.

El punto de vista moral tiene que complementarse con el de la eticidad para llegar a un contenido determinado, o sea a un conjunto específico de deberes. Sólo del punto de vista de la eticidad es capaz de surgir un "sistema objetivo de estos principios y deberes". Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Werke, Bd. 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, § 137. El punto de vista ético incorpora la red de relaciones e instituciones, dentro de la que deberes y principios sustantivos adquieren un contenido. En su *Enciclopedia*, Hegel puntualiza: "los deberes éticos del individuo se constituyen por las relaciones de éste dentro del contexto de relaciones sociales en el que la substancia se particulariza", Hegel, G.W.F., *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, Dritter Teil: Die Philosphie des Geistes*, Werke, Bd. 10, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, § 516. En la *Filosofía del derecho*, asocia "el contenido firme" de lo ético con "las leyes e instituciones que existen en y por sí", Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Werke, Bd. 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, § 144A.

135. FG, página 81, "en palabras de Hegel: la moralidad del individuo encuentra su contexto ético en las instituciones de una sociedad justa".

136. Habermas, Jürgen, *Erläuterungen zur Diskursethik*, página 25, 1991.

137. Habermas, Jürgen, *Erläuterungen zur Diskursethik*, página 25, 1991.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cuestiones éticas se resuelven meramente determinando qué proceder alcanza mejor un fin dado. Los fines o valores se escogen prácticamente de manera arbitraria. Es decir, las personas simplemente deciden cómo quieren vivir en base a sus preferencias personales. Así, desaparece la distinción entre una preferencia y un valor. De hecho, en el libro *Facticidad y validez*, Habermas afirma que "los valores deben entenderse como preferencias intersubjetivamente compartidas"[138]. Dentro de esta concepción, nuestra predilección por el sabor de la guayaba es perfectamente análoga a nuestro compromiso con el principio de la solidaridad. En ambos casos lo determinante es nuestra manera de ser. Dada la escala de valores, la acción ética es simplemente aquella que más idóneamente lleve a la realización de esos valores. Habermas argumenta que: "los valores expresan la predilección por los bienes que en una comunidad dada se consideran dignos de aspiración y que pueden ser adquiridos o realizados por medio de acción proyectada"[139].

El ámbito ético precisa de una interpretación más razonable de los valores. Debería haber más espacio para la reflexión en el proceso de definir los valores de una comunidad. El mismo Habermas parece tomar esta dirección más recientemente en su libro *La incorporación del otro*. En éste último se insinúa una distinción entre meras preferencias y valores. Las primeras son "datos", sobre los que "decide últimamente la autoridad epistémica del actor mismo, quien ciertamente debe saber, cuáles son sus preferencias y fines"[140]. Los valores son, por el contrario, "discernimientos" (*Einsichten*), a los que se llega por medio de la razón práctica y la reflexión[141]. Mientras las puras preferencias son "algo dado", los valores "están sujetos de por sí a discusión"[142]. Habermas pormenoriza así las consideraciones que entran en la determinación de los valores a nivel colectivo e individual:

> "Desde la óptica de la primera personal plural, [estas preguntas éticas] apuntan al *ethos* común. Se trata básicamente de cómo es que nosotros nos entendemos como miembros de una comunidad moral, a partir de qué debemos orientar nuestra vida y qué es a largo plazo y, a fin de cuentas, lo mejor para nosotros. Desde la perspectiva de la primera persona singular se presentan preguntas similares. ¿Quién soy y quién quiero ser? ¿Cómo debo conducir mi vida?"[143].

Interpretado de esta manera, la ética deviene más compleja pero también más plausible. Comienza a ser cuestión no de escoger medios idóneos para adelantar unas preferencias surgidas impulsivamente sino de meditar sobre qué tipo de existencia colectiva nos conviene y de cómo realizarla.

---

138. FG, página 311. "El atractivo de los valores", remarca Habermas, "tiene el sentido relativo de una estimación de bienes hecha o adoptada en culturales o formas de vida. Decisiones valorativas de peso o preferencias de alto rango expresan aquello que en su totalidad es bueno para nosotros o para mí".
139. FG, página 311. Ver también FG, página 190.
140. EA, página 38.
141. EA, página 38.
142. EA, página 40.
143. EA, página 40.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IX. El concepto deliberativo de la democracia

Más allá de señalar las deficiencias de la descripción habermasiana de los diversas cuestiones que entran en la deliberación democrática, me interesa criticar de manera más amplia el concepto deliberativo de la democracia –que une a Habermas y a Nino. Las teorías estructuradas exclusivamente por dicho concepto adolecen de una limitación grave. Enfocan sólo un tipo de interacción, cuando en la democracia coexisten varios tipos.

Se concentran, así, únicamente en la deliberación. Reducen el proceso democrático a una discusión en la que se presentan temas, se discute racionalmente y se llega a una conclusión. El paradigma parece ser una convención constituyente ideal o, tal vez, una reunión extraordinaria de un gremio de profesores universitarios. Este modelo se aplica, sin duda, a algunos aspectos de la democracia. Pero en la realidad democrática intervienen también otros tipos de intercambio. Se intercambian también gritos irracionales, insultos, declaraciones de fe, frustraciones y esperanzas. Por eso el modelo –si hiciera falta uno– debería ser la obra de teatro, donde coexiste una abundante variedad de diálogos con diversas formas y funciones. Muchos de esos diálogos no empiezan con una propuesta concreta, ni consisten en un análisis intersubjetivo y racional del tema, ni desenlazan en una determinación específica. De hecho, la interacción teatral no es siquiera toda dialógica. Y lo mismo ocurre en la democracia. Además de comunicarse, los participantes también desfilan, manifiestan, pelean, rezan, dibujan, encienden velas, golpean ollas, bailan y callan. Todas estas expresiones quedarían claramente desvirtuadas si se redujeran meramente a formas indirectas o coloridas de esgrimir argumentos dentro de un proceso de deliberación colectiva.

En vista de todo esto, podría resultar tentador proponer la acción teatral como modelo e intentar dar una explicación sistemática sobre cómo la democracia es y debería ser como una pieza dramática. Sin embargo, esta tentación debe ser rechazada. En general, lo que hace falta no es un modelo sino una metáfora o, más bien, muchas metáforas para la democracia. En vez de buscar una maqueta que represente cada una de las facetas del proceso democrático hay que ir tras un abanico de imágenes para sugerir los diversos aspectos de la democracia. Se podría de esta manera iluminar el significado de la democracia desde diferentes ángulos usando diferentes metáforas: una lucha (¿libre?), una carrera, un juego (de ajedrez y de baloncesto), un romance (*¿menage à beaucoup?*), un baile, una fiesta, una cena formal, una excursión al campo. La democracia tiene una multiplicidad de dimensiones, algunas de las cuales están representadas en el anterior listado de actividades que las personas emprenden juntas.

Esta descripción del proceso democrático es, por supuesto, demasiado vaga. Sería preciso, pues, explicar con más exactitud cómo la diversidad de similitudes se relacionan con el proceso democrático y entre sí. Una narrativa así de rica ayudaría simultáneamente a entender los mecanismos internos de la democracia y a encontrar soluciones a los problemas que surjan. Por decirlo así, un recuento de este tipo sería un retrato de la democracia en el sentido de Ludwig Wittgenstein. En otras palabras, no sería una simple descripción externa de la *paráis* democrática sino que

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

formaría parte integral de la *praxis* al ser invocada por los actores y así afectar el transcurso de la acción[144].

Tal narración diferiría de las teorías de Habermas y Nino no sólo en su contenido sino también en dos aspectos más fundamentales. En primer lugar, no sería un modelo que reproduce exactamente uno por uno los elementos de la realidad que representa. Por eso, su dilucidación del funcionamiento y su diagnóstico de los males de la democracia serían menos directos y más tentativos que los de las teorías estrictamente deliberativas, así como los de cualquier modelo isomorfo. Sin embargo, su carácter alusivo y poético no impediría a la visión propuesta brindar ilustración e inspiración valiosas sobre los problemas y las posibilidades de la democracia.

Este tipo acercamiento diferiría esencialmente del de Habermas y Nino, en segundo lugar, en que no tendría que limitarse a un relato único para esclarecer y fortalecer la democracia en todas partes. A la vez que aumentara la especificidad podrían sugerir narrativas profundamente diferentes para los diversos sistemas democráticos. Esto sería una ventaja, pues, al tratar de dar una sola descripción para una multiplicidad de fenómenos surge el peligro de distorsión.

Dentro de la perspectiva aquí anticipada se podría entender la democracia como una realidad que varía radicalmente según su contexto y cuyas diversas manifestaciones no comparten una esencia sino lo que Wittgenstein llamaría una semejanza de familia[145]. Es decir, no habría un rasgo particular o un grupo de características que todas ellas tendrían[146]. Al contrario, una manifestación poseería en común con una segunda algunos aspectos pero otros no, mientras que los puntos de convergencia y divergencia con una tercera serían diferentes.

---

144. Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, 1986, § 2.1-2.225. En la obra de Wittgenstein aparece tanto la noción puramente representativa de un retrato como la interactiva. En su *Tractatus* presenta la noción representativa. "El retrato", explica Wittgenstein, "representa su objeto desde afuera (su punto de vista es su forma de representación) y así representa su objeto correcta o incorrectamente". Además: "el retrato es un modelo de la realidad", § 2.12. Lo que comparten el retrato y la realidad es una estructura o forma, es decir, la manera en que están organizadas sus partes constitutivas. "El retrato está, pues, conectado a la realidad, llega hasta esa realidad", § 2.1511. A pesar de esta conexión, el retrato es separable de la realidad y está subordinado a ella.

En *Philosophische Untersuchungen (Investigaciones filosóficas)*, 1967, § 300, sin embargo, Wittgenstein parece estar hablando de la noción interactiva de un retrato. Un retrato, consecuentemente, se considera parte de un juego lingüístico. Wittgenstein usa el concepto de un retrato como sinónimo del de un paradigma y lo distingue del de una imagen *(Vorstellung)*. Un retrato es una herramienta en un juego lingüístico. Como tal, puede utilizarse para enseñarle a los principiantes cómo jugar. Puede también servir de punto de referencia mediante el que se deciden controversias que surgen en el juego. No es simplemente una descripción de un objeto de la realidad.

Discrepo de Saul Kripke, quien asocia el concepto de un retrato en las *Investigaciones* con el del *Tractatus:* "el uso que da Wittgenstein al término 'retrato' [en § 301 de las *Investigaciones filosóficas*] está relacionado con el uso que le da en el *Tractatus.* El retrato debe compararse con la realidad; indica que el mundo externo está en un estado de correspondencia con respecto al retrato". Kripke, Saul, *Wittgenstein: On Rules and Private Language*, 1982, página 139. No me parece que esta noción representativa de un retrato capture fielmente el concepto de un retrato que se usa en el pasaje citado de las *Investigaciones.*

145. Wittgenstein, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, § 67, 1967.

146. Ni siquiera los derechos fundamentales mencionados anteriormente en la discusión sobre Taylor constituirían una esencia, pues ellos toman formas radicalmente diversas en sociedades diferentes. Por ejemplo, el derecho contra la discriminación no significa lo mismo en el contexto anglo-canadiense que en el quebequés.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estas variadas manifestaciones democráticas serían como las caras de una familia. No todos los rostros tienen la misma nariz o los mismos ojos sino que unos se parecen en la sonrisa, otros en las cejas, otros las orejas; de manera que están todos entrelazadas, unos con otros, sin coincidir en una facción particular. "Pues las múltiples semejanzas entre los miembros de una familia – la figura, los rasgos, color de los ojos, la forma de caminar, el temperamento, etc.-, se solapan y entrecruzan (…)"[147] .

Análogamente, desde el punto de vista insinuado se interpretaría la faz democrática de manera diferente dependiendo, por ejemplo, de si hubiera un sistema parlamentario o presidencial, de la existencia o no de tribunales constitucionales, de la función que desempeñara la actuación profesional o de las opciones de participación ciudadana, etc. Por este camino interpretativo se llegaría a una pluralidad de arquetipos de la democracia. Las diversas tradiciones democráticas, al igual que la variedad de juegos que considera Wittgenstein, mostrarían "una red complicada de similitudes, solapándose y entrecruzándose, a veces similitudes globales y a veces detalladas"[148] .

De esta manera se podría hacer frente a una posibilidad que descarta tanto Nino como Habermas: la de variedad no sólo en los resultados que produce la democracia sino que también en la forma de concebirla. Para Nino y Habermas, existen diferentes conceptos de la democracia sólo en competencia, aspirando a ser la única explicación correcta del proceso democrático. Yo estoy abogando por la posibilidad de que existan múltiples conceptos, todos válidos y viables.

Es preciso reconocer, no obstante, que Nino y Habermas no llegan a su posición universalista por pura intransigencia teórica. Ellos también perciben el ya mencionado peligro de caer en un relativismo vertiginoso si se dijera simplemente que hay diferentes versiones de la democracia. Si uno se limitara a una aseveración tal, no habría forma de criticar abusos descabellados del proceso democrático. Por ejemplo, una teoría relativista de esta índole tendría que capitular cuando el gobierno chino estrangula las aspiraciones democráticas de sus ciudadanos y vocifera que éstas son inconsistentes con su visión peculiar de la democracia.

Tanto Nino como Habermas evaden este peligro de manera categórica. Ellos inyectan una dimensión moral y universal en sus respectivas teorías de la democracia y, en consecuencia, están en posición de condenar cualquier sistema que no incluyera y honrara dicha dimensión. Es así que posibilitan la censura de las mencionadas acciones del régimen chino en la medida en que ellas conculcan principios y derechos sostenidos por razones morales universales.

La pregunta ineludible en esta coyuntura es si el acercamiento propuesto tuviese la capacidad de evitar degenerar en un relativismo simplista, resignado a aceptar cualquier interpretación de la democracia. La respuesta a esta interrogante tiene que ser negativa, puesto la perspectiva esbozada permitiría criticar interpretaciones particulares de la democracia desde tres ángulos. La primera opción sería la de la crítica interna. Desde la propia lógica del sistema democrático que se examina se podrían atacar muchos aspectos del mismo.

147. Wittgenstein, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, § 67, 1967.
148. Wittgenstein, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, § 66, 1967.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En otras palabras, se podrían aislar algunas facetas y se podría mostrar su incongruencia con otros elementos más básicos. Para seguir con el mismo caso ilustrativo, se podría argumentar que las acciones del gobierno chino ultrajan aun una noción de la democracia basada en los valores marxistas, maoístas, taoístas o confucionistas desarrollados en China. Se podría decir, pues, que aun dentro de una noción tal, se valoriza centralmente la dignidad humana y la auto-determinación de las personas y que las medidas oficiales chinas son inconsistentes con estos valores.

El segundo tipo de crítica cobra particular importancia frente a una interpretación de la democracia que es perfectamente coherente, pero que permite o hasta exhorte un proceder que parece ser diamétricamente opuesto a lo que normalmente se entiende por democracia. Obviamente, no es tan fácil imaginarse una praxis democrática de este naturaleza. Habría que evocar una práctica cuya totalidad de principios preconice acciones arbitrarias y unilaterales por parte del gobierno. Si fuera posible soñar tal sistema, podría ser rechazado al apuntar que no clasificaría genuinamente como democracia, porque no tendría un parecido de familia con el resto de los regímenes democráticos. Es decir, no tendría puntos de contacto y no estaría lo suficientemente entrelazado con sus contrapartes como para ser considerado parte de la misma familia.

En este contexto es crucial hacer dos señalamientos. En primer lugar, no existirían criterios exactos para determinar cuáles interpretaciones caen dentro y cuáles fuera del concepto de la democracia. Algunas entrarían y otras quedarían excluidas claramente, pero habrá muchos casos en que la categorización sería difícil. En segundo lugar, dictaminar que un sistema no es democrático en este sentido no es de por sí criticarlo. Sería sólo identificar un error de clasificación –parecido al de decir que el sistema solar es democrático. El filo crítico aparecía sólo en la medida en que algunos trataran de vender el régimen en cuestión como democrático. Entonces se podría desenmascarar la hipocresía o el cinismo de esas personas.

El tercer y último tipo de objeción a una interpretación nacional y particular de la democracia sería desde la perspectiva internacional. Hay una serie de principios democráticos que el derecho internacional impone sobre los estados, como, por ejemplo, aquéllos que se encuentran en la declaración universal de derechos humanos. Estos principios, sin embargo, no se derivan ni de la esencia de la democracia y de una moral universal. Son sencillamente normas que una comunidad ética concreta y relativamente reciente –la internacional[149] – ha adoptado y ha sido defendida racionalmente y que los Estados, como parte de esa comunidad, han incorporado dentro de sus visiones democráticas. Dichos principios son definidos y aplicados de manera que se ajusten a las diferencias nacionales.

---

149. Una comunidad ética o moral a nivel internacional probablemente comenzó a surgir con los esfuerzos el siglo pasado, encabezado por Gran Bretaña, por abolir la esclavitud en todas las naciones. Así, empieza la idea de que hay una serie de valores que transciendes las fronteras nacionales. Pero esta comunidad se establece claramente sólo a partir de la segunda guerra mundial. Las atrocidades cometidas por el régimen Nazi dentro y fuera de Alemania escandalizaron al mundo y fortalecieron el sentimiento de que hay asuntos que conciernen a toda la humanidad aun cuando acontezcan en una región específica.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Quisiera terminar esta discusión con dos observaciones. Primero, con la internacionalización del concepto de la democracia, las actuales prácticas democráticas empiezan a compartir una base normativa. Este subsuelo es constituido por los principios internacionales con los que se han comprometido los estados e incluye, entre otras cosas, los ya mencionados derechos fundamentales invocados por Charles Taylor. Más, estos principios no tienen una justificación metafísica. No son los elementos analíticamente necesarios ni mucho menos la inmanencia de la democracia, sino un horizonte hacia el que las diversas comunidades democráticas han evolucionado de manera relativamente consciente. Son abstractos y flexibles. Su aplicación no es nada rígida, sino que muy paramétrica, adaptándose cuidadosamente a las peculiaridades nacionales.

Mi segunda anotación es que, en la medida en que la multiplicidad de sistemas democráticos hayan adoptado estas normas transnacionales, cualquier crítica apoyada en éstas termina siendo interna. Es decir, se ve impulsada por nociones que son tan parte del régimen en cuestión como las más autóctonas. Las ideas en juego son, por supuesto, de origen occidental. El mundo no alineado, sin embargo, no solamente las ha hecho suyas sino que ha contribuido crucialmente a su elaboración y transformación. Ha aportado nociones como, por ejemplo, la de la complementariedad de la democracia y el desarrollo o la de la diversidad en las interpretaciones. Los principios democráticos son hoy, en consecuencia, no meramente la voz impostada y moralista con la que el primer mundo le habla al mundo sino, más significativamente, un discurso de todos que sirve, cada vez más y más, para romper los esquemas occidentales impuestos a nivel nacional e internacional.

X. Conclusión

Al contrastar las teorías de Nino y Habermas resulta evidente la complejidad de la idea de la democracia deliberativa. Hay muchos matices y posibles interpretaciones. Nino y Habermas indudablemente contribuyen significativamente al desarrollo del concepto. Sus escritos muestran no sólo en qué consiste básicamente ese concepto sino que existen opciones a la hora de deslindar su contenido. Más significativo aún es que de una crítica de las teorías de Nino y Habermas se abre la posibilidad de comenzar a esbozar una visión democrática que trasciende la deliberación.

Nino y Habermas entienden la democracia como un proceso de deliberación colectivo, abierto y no coaccionada que como tal legitima los resultados que produce. Las decisiones de la comunidad son válidas si son democráticas. Son democráticas, a su vez, si emanan de una genuina deliberación libre, en la que toda la ciudadanía puede participar por igual, bien sea formalmente a través representantes electos o informalmente por medio de actividades extraoficiales en la esfera pública. Es mediante esta deliberación que surgen, se examinan y se resuelven las interrogantes de la colectividad.

Nino entiende la deliberación democrática como reflexión moral. Habermas, en contraste, anuncia que además de cuestiones morales, hay asuntos éticos y transaccionales. De esta manera, apuesta por una noción que es más completa que la de Nino. Habermas no solamente puede dar cuenta de

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un mayor número de aspectos de la democracia, sino que además puede explicar mejor el fenómeno de las legítimas discrepancias entre naciones en sus decisiones democráticas.

No obstante, la teoría de Habermas así como la de Nino, en la medida en que ambas pretenden explicar la democracia exclusivamente en términos del modelo deliberativo, pasan por alto los aspectos no deliberativos del proceso democrático. En ese proceso intervienen intercambios comunicativos no deliberativos, al igual que interacciones que ni siquiera son discursivas. Si se descartan estos elementos o, mismo, si se perciben como formas indirectas o simbólicas de discursos deliberativos, se distorsiona la democracia. Si, por el contrario, se incorporan estas facetas al análisis se puede ser fiel a la realidad democrática así como a la diversidad no solamente de resultados sino de conceptos democráticos. De esta suerte, se puede comenzar a comprender cómo es que la idea democrática puede tener un arraigo tan profundo en contextos radicalmente disímiles.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Mercosur y los tribunales nacionales: descubriendo la competencia inter-institucional

Marcelo Javier Oviedo *

INTRODUCCIÓN

El proceso de integración económica requiere la eliminación de ciertas normas legales y la creación de otras; es decir, el Mercosur es al mismo tiempo un proceso de desregulación y rerregulación llevado a cabo con el fin de crear un mercado ampliado. En este proceso, los tribunales nacionales están llamados a desempeñar un papel esencial, pues ellos tienen una importante influencia en la definición de los perfiles de los mecanismos de reemplazo de las reglas nacionales por las reglas comunes.

El modesto objetivo de este trabajo es analizar la situación y comportamiento de las más altas cortes nacionales en un proceso de integración. En particular, este estudio intenta evaluar la influencia de las decisiones de los tribunales supremos sobre el diseño institucional y la efectividad de las normas del Mercosur. Para ello compararemos las experiencias de la Comunidad Europea (CE) y el Mercosur, a fin de identificar cuales son las más importantes decisiones que los tribunales nacionales deben adoptar y las implicaciones institucionales que estas decisiones conllevan.

El problema central: ¿cómo se definen las preferencias y las funciones de los tribunales nacionales en un proceso de integración?

Quizá la mejor forma de plantear el problema que se quiere analizar en este trabajo sea preguntándose ¿quién decide quién regulará el mercado común?

Evidentemente, y aún cuando la formulación de la pregunta parezca demasiado sencilla, en definitiva nos estamos preguntado quién es la máxima autoridad en el proceso de integración. Una autoridad que se impondrá a los Estados, órganos comunes, administraciones, grupos económicos y sociales, y a simples individuos.

Con el objetivo de elaborar una respuesta a este interrogante dos proposiciones preliminares serán sometidas a examen:

- los tribunales nacionales favorecen los diseños institucionales que menos menoscaban su situación institucional y sus competencias, estas preferencias

---

* Dedicado a la memoria del Dr. Marcello Buzonetti, Secretario General del EUI - 1976/ 1995.

** Abogado. Investigador del European University Institute, Florencia, Italia. El presente trabajo es parte de un proyecto de investigación más amplio que compara las respuestas de los tribunales nacionales a los procesos de integración en Europa y Mercosur. El Ministerio de Relaciones Exteriores Italiano y el Instituto Universitario Europeo han brindado la necesaria ayuda financiera.

El autor desea agradecer la constante inspiración y apoyo de los profesores Augusto Morello y Eduardo Oteiza. Muchas de las ideas expuestas en este estudio han sido mejoradas gracias a los comentarios críticos de los profesores Renaud Dehousse, Francis Snyder, Phillipe Schmitter, Werner Baer, Neil Komesar, David Trubek, Alec Stone, Walter Mattli y de mis colegas Dr. Miguel Poiares, Dr. Alberto Gil Ibañez, Dr. Leone Niglia, Dr. Rien Wagenvoort, Dr. Christian Upper, Debra Matier, Mariano Aguas, Agustín Menendez, Andrés Malamud e Ireneo Moras. Sin perjuicio de ello, todos los errores y debilidades de opinión restantes son responsabilidad exclusiva del autor.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se expresan por medio de decisiones judiciales que incrementan o disminuyen la efectividad del sistema.

Esta primera proposición se basa en un argumento realista: un cálculo de poder. Sin embargo, debe señalarse que esta primera aproximación al problema puede ser condicionada por una proposición fundada en el enfoque funcionalista, es decir por el hecho que:

- el proceso de integración genera déficits en las capacidades funcionales de los tribunales nacionales, y, como consecuencia, éstos son incapaces de resolver adecuadamente problemas legales esenciales.

El análisis del grado de certeza de estas dos proposiciones nos brindará algunos elementos para tratar de dilucidar las preferencias y explicar los comportamientos de los tribunales nacionales en el proceso de integración. A fin de testear estas proposiciones, es necesario estudiar: (a) los incentivos y determinantes de las actitudes de los tribunales nacionales hacia el proceso de integración; y (b) los límites de la influencia de los tribunales nacionales en los procesos de integración. Para explorar estos territorios este trabajo provee algunas herramientas teóricas. Con ese objetivo, la Sección I delinea el fenómeno de la competencia entre instituciones y modela el rol de los tribunales nacionales en el escenario de la integración; mientras que la Sección II realiza una comparación de las diversas respuestas al proceso de integración generadas por los tribunales de la CE y el Mercosur, identifica los principales riesgos de un sistema en el cual la competencia entre instituciones es irrestricta y delinea una posible prospectiva del desarrollo institucional del Mercosur.

I. LA INTEGRACIÓN Y EL FENÓMENO DE LA COMPETENCIA ENTRE INSTITUCIONES

La eficacia de las normas necesarias para el establecimiento del mercado común depende de una compleja interrelación entre los procesos de creación e implementación de normas comunitarias[1]. El grado de éxito de un proceso de integración está determinado por un difícil ejercicio de atribución de competencias y poderes a diferentes órganos que ejercitan funciones de creación y ejecución de normas y se encuentran ubicados en diversos puntos de los ejes verticales y horizontales del edificio institucional. El resultado del proceso de integración está, por lo tanto, atado al uso que los diferentes órganos hagan de sus poderes. De este postulado es posible derivar algunas premisas útiles.

La primera premisa de este estudio es que, en esquemas de integración, los procesos de creación e implementación de normas son interdependientes. Esta premisa puede no ser pacíficamente aceptada, debido a la usual tendencia a atribuir bastante autonomía e independencia a ambos procesos. De hecho, a primera vista, suele sostenerse que los tribunales nacionales tienen una fuerte influencia en el proceso de implementación de normas comunitarias, pero tienen, sin embargo, poca influencia directa en la fase de diseño, negociación y creación de las

1. El término "implementación" es usado en este ensayo en un sentido amplio, comprendiendo la aplicación, supervisión y ejecución forzada de normas.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mismas. En otras palabras, los gobiernos (léase, los PENs) parecen monopolizar la fase de creación de políticas y normas comunitarias, mientras que los tribunales parecen concentrarse solamente en el control (o al menos tienen la última palabra) en el proceso de implementación de normas comunitarias. Aunque esta simple división del trabajo tiene fundamentos constitucionales (cuyos orígenes se remontan a los postulados de la Revolución Francesa, de allí su popularidad), estudios seminales han puesto de manifiesto que esta percepción de la dinámica institucional de los procesos de integración es demasiado simple e inadecuada[2]. Con el objetivo de continuar esta línea de pensamiento, este trabajo intenta demostrar que la interdependencia entre los procesos de creación e implementación de normas ya ha producido palpables efectos en la estructura institucional del Mercosur.

La segunda premisa es que, en todo proceso en el que deben necesariamente reordenarse y atribuirse competencias se crea un proceso competitivo entre instituciones[3]. En el proceso de construcción del mercado común, algunos poderes son usualmente atribuidos a los órganos comunes, mientras que otros poderes son retenidos por los Estados miembros. Los Estados miembros, como autoridades delegantes, retienen también el poder de supervisar el funcionamiento de las instituciones creadas para alcanzar los objetivos comunes. Los órganos del proceso de integración, como unidades con poderes delegados, tienen generalmente márgenes de maniobra limitados. Sin embargo el sistema no es estático, en consecuencia los procesos por los cuales algunos actores públicos[4] obtienen cierto margen de discreción y comienzan a condicionar las opciones y los comportamientos de otras instituciones son el tema principal de este estudio. Este trabajo intenta demostrar que, en un proceso de integración, el principal incentivo que lleva a la "liberación" de algunas instituciones, por un lado, y condiciona el comportamiento de los Estados miembros, por el otro, es una persistente tendencia hacia la competencia entre los diferentes actores públicos tanto a nivel nacional como internacional.

A. La competencia entre instituciones: ¿entre quiénes y por qué?

1. Competencia horizontal y vertical

En esquemas de integración, procesos competitivos entre instituciones pueden aparecer en sistemas jerárquicos o anárquicos (en el sentido de no tener una autoridad común y de disfrutar de autonomía decisional). En ambos

---

2. Weiler, J.H.H, "The Dual Character of Supranationalism", *YEL*, Volumen 1, 1981, página 267; Rassmusen, H., *On law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

3. Llamamos la atención del lector sobre el hecho de que en este ensayo el término competencia, en diversos pasajes, es usado en sus dos posibles sentidos: (a) como medida de jurisdicción o poder; y (b) como disputa con vistas a alcanzar un objetivo.

4. El concepto de actor público incluye en este trabajo las instituciones con capacidad de creación y ejecución de normas en el grupo, es decir aquellas que definen los patrones legales generales de interacción en el mercado común. Dentro de esta categoría cabe incluir los órganos y agencias del Estado y del proceso de integración.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

casos, actores públicos compiten por los poderes y competencias para definir en el grupo los patrones de interacción políticos, sociales y económicos. Actores públicos compiten a fin de obtener la capacidad de decidir (o al menos influir sobre el proceso de adopción de) las medidas que atribuyen costos y beneficios del proceso de integración de la manera más favorable a sus miembros-electores o miembros-constituyentes.

La competencia entre instituciones puede ser horizontal o vertical[5]. En sistemas que permiten la competencia horizontal (es decir, aquellos que no tienen un último árbitro que define las competencias), actores públicos que actúan al mismo nivel compiten a fin de mantener y consolidar sus funciones, y proveer al bienestar de sus miembros-electores[6]. En grupos que permiten la competencia horizontal, el mayor problema es que existe una fuerte tendencia a aprovechar los beneficios comunes sin pagar los costos y, por lo tanto, imponer externalidades negativas en otros miembros del grupo. Como la competencia horizontal puede ser perjudicial para miembros interdependientes, mecanismos básicos que aseguren un mínimo equilibrio en el sistema deben ser puestos en funcionamiento. Estos mecanismos deben asegurar que actores públicos que actúan al mismo nivel apliquen las soluciones que (a) permitan mantener o incrementar sus capacidades regulatorias y el bienestar de sus miembros-electores y (b) no quiebren la estabilidad y jerarquía de los sistemas que otorgan a estos mismos actores públicos sus competencias. La competencia horizontal acentúa la necesidad de instituciones comunes para manejar el problema de la coordinación entre actores públicos. La principal función de estas instituciones es recomendar, informar, planificar, etc[7]. Como los actores públicos están al mismo nivel, las directivas comunes tienen un efecto vinculante relativo, por lo tanto, el cumplimiento de las directivas comunes deviene una cuestión crítica. En procesos de integración que permiten la competencia horizontal, un alto nivel de coordinación es necesario desde que muchas medidas tienen consecuencias directas sobre otros miembros del grupo. Aun manteniendo su carácter consensual, este tipo de sistema necesita de mecanismos que aseguren que las decisiones de los actores en todas las jurisdicciones incluirán siempre las preferencias de otros actores públicos y las preferencias de sus miembros-electores. El desempeño de estos sistemas,

---

5. Trachtman, J.P., "International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction", en *Harvard Internacional Law Journal*, Volumen 34, 1993, páginas 51-53; Gerken, L., "Institutional Competition: An Orientative Framework", en el mismo autor (ed.), *Competition among Institutions*, Mac Millan Press Ltd., 1995, páginas 1-31.

6. Ver, Kitch, E. W., "Regulation and the American Common Market", en D. Tarlock (ed.), *Regulation, Federalism, and Interstate Commerce,* Oelgeshlager, Gunn & Hain Publishers, 1981, páginas 9-81; Reich, N., "Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law", en *CMLRev.*, Volumen 29, 1992, páginas 861-896; Charny, D., "Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the "Race to the Bottom" in the European Communities", en *Harvard International Law Journal*, Volumen 32, 1991, páginas 423-456.

7. Milgrom, North & Weingast, "The Role Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Privates Judges and the Champagne Fairs", en *Economics and Politics*, Volumen 2, 1990, páginas 18-21.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en los cuales cada actor tiene competencias fragmentadas, depende de la aceptación de ciertos límites básicos a la autonomía decisional de los actores públicos. El reconocimiento de estos límites, más allá de los cuales las cargas y las externalidades negativas impuestas sobre otros miembros del grupo son inaceptables, es un elemento básico en la formación de la estructura legal del proceso[8].

La competencia vertical emerge en sistemas jerárquicamente organizados. En procesos de integración, actores públicos en diferentes niveles de decisión compiten para decidir o demostrar cuál es la más eficiente institución para organizar las relaciones políticas, económicas y sociales dentro del mercado común[9]. Aunque en este caso no existe un desafío directo a la estructura jerárquica del sistema, el resultado es una redistribución de facto de funciones[10]. Lo que los actores públicos tratan de ganar es poder de decisión, el cual, aunque sujeto a posibles recursos jerárquicos, se ejercita sobre la base de un mejor y más eficiente uso de capacidades regulatorias. Por lo tanto, cuando una decisión es discutida, su oportunidad, conveniencia y validez serán juzgadas no sólo sobre la base de su legalidad, sino principalmente de su eficiencia[11].

Los procesos de integración son sistemas que contienen tanto estructuras jerárquicas como no-jerárquicas, sea al nivel nacional o internacional. Por esta razón, algunos actores públicos pueden ser presionados para ceder sus competencias por fuerzas redistributivas tanto verticales como horizontales. Siendo este fenómeno nada más que otra expresión del proceso de desintegración de ciertas estructuras de gobierno íncito en todo proceso de integración.

2. Los tribunales, la integración y los procesos competitivos

Las condiciones en las que los tribunales nacionales "compiten" deben ser cuidadosamente definidas. Los tribunales son básicamente cuerpos "pasivos" cuya principal función es la de resolver conflictos y controlar la legalidad de los actos de gobierno. A diferencia de los PENs y los congresos, los tribunales no deben diseñar políticas generales o leyes para promover el bienestar de sus electores; los tribunales no participan "activamente" en la formación de las estrategias y políticas de Estado a fin de alcanzar objetivos coyunturales, a mediano o a largo plazo. Por el contrario, los tribunales participan "pasivamente" en el proceso de gobierno[12]: los tribunales reaccionan a impulsos. Cuando un conflicto debe ser resuelto, los tribunales se manifiestan a través de los

---

8. Benson, B. L., "Competition among Legal Institutions: Implications for the Evolution of Law", en Gerken, L. (ed.) *Competition among Institutions*, 1995, páginas 153-175.

9. Trachtman, *op. cit.*, páginas 98-101; Kitch, *op. cit.*, página 36 *et seq.*

10. Un buen ejemplo de este fenómeno, pero en el campo del arbitraje comercial internacional, puede verse en Dezalay, Y. y Garth, B., "Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes", en *Law and Society Review*, Volumen 29, 1995, páginas 27-65. Ver, Gerken, L., *op. cit.*, páginas 19-23; Woolcock, S., "The Single European Market - Centralization or Competition among National Rules", *WP Royal Institute of International Affairs*, 1994, página 18.

11. Por eficiencia se entiende la mejor asignación de recursos a fin de maximizar el valor perseguido. Sobre el tema ver, Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, Fourth Edition, Little, Brown and Company, 1992, Capítulo I.

12. Este es el modelo predominante en el cono sur, ya que modelos más "politizados" de cortes como el *Conseil Constitutionnel* francés o la *House of Lords* inglesa no han sido seguidos en nuestras latitudes.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

procedimientos legales para la producción de decisiones judiciales. Los tribunales resuelven "el caso", sin embargo, las sentencias judiciales frecuentemente tiene implicaciones políticas que van más allá del litigio particular.

El proceso de integración coloca a los tribunales en una situación muy exigente. Puede sostenerse que, en procesos de integración, los tribunales son llevados por las políticas de Estado (en la formación de las cuales han tenido limitada influencia) a un complejo escenario. Este escenario es la arena de la integración, en donde las reglas aún no son claras y las posibilidades de interdependencia entre actores públicos se multiplican. La arena de la integración cuestiona inclusive la conveniencia de involucrar a los tribunales nacionales en la resolución de los conflictos comerciales regionales[13].

Los procesos de integración también cuestionan presupuestos básicos del poder judicial, es decir, resaltan debilidades estructurales de los procesos judiciales nacionales. Dos características son particularmente relevantes. La primera es que usualmente es difícil asegurar que los tribunales nacionales serán completamente independientes cuando resuelvan conflictos que involucren intereses de extranjeros. En especial, la independencia judicial no estará asegurada si la decisión puede beneficiar a intereses o sectores nacionales y su costo será pagado mayor o exclusivamente por extranjeros. Esta estrategia, aunque rentable en primera instancia, tiene resultados muy insatisfactorios en el largo plazo, en especial cuando los Estados están involucrados en asociaciones internacionales de cooperación de duración indeterminada. La segunda característica es que la ausencia de normas claras y preexistentes, y en particular el incierto efecto y rango dentro de los ordenamientos nacionales de las escuetas normas internacionales, deja a los tribunales nacionales en muchos casos sin más opción que "crear" el derecho necesario. Este margen de discreción judicial puede generar en algunos actores la creencia que el proceso judicial nacional es una arena en la cual las fuerzas y presiones políticas, más que las normas y principios legales, determinan el resultado del litigio.

Sin embargo, el proceso judicial ha sido diseñado de manera de disminuir los efectos de las fuerzas políticas. Es importante repetir que los tribunales son básicamente cuerpos "reactivos"; solamente actúan cuando son llamadas a cumplir su función. A esta característica debemos agregar que los tribunales son órganos mal equipados para mantener una constante lucha por mayores competencias. En muy pocas ocasiones los tribunales parecen ocupar territorios que generalmente no les pertenecen. Estos casos comprenden usualmente situaciones en las cuales los órganos políticos han sido incapaces de (o reticentes a) crear la necesaria regulación. En estos casos los tribunales actúan como simple "provocadores" de soluciones legales[14]. Queda claro que los

13. De hecho, los tribunales no son los únicos agentes capaces de resolver conflictos transnacionales. Desde siempre comparten este privilegio con los mediadores, árbitros y otros métodos alternativos de resolución de conflictos internacionales.

14. Ver en particular, Alter & Meunier-Aitsahalia, "Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision", en *Comparative Political Studies*,Volumen 24, 1994, página 555 *et seq.* Tal vez la causa *Sejean* sobre divorcio sea el mejor ejemplo de este fenómeno en el ámbito nacional.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tribunales son renuentes a tomar decisiones que van más allá de sus competencias. Pueden aceptar cubrir vacíos legales dejados por la inacción legislativa, pero usualmente muestran deferencia a las posteriores decisiones y elecciones políticas hechas por los legisladores. A pesar de ello, existen ocasiones en las que los tribunales parecen estar dispuestos a participar en el proceso de competencia entre instituciones. Cuando la dinámica del proceso de integración las ubica ante el dilema de que su propia pasividad podría derivar en la pérdida de sus poderes y competencias, entonces los tribunales compiten.

Los tribunales no participan en el proceso de competencia por poderes de regulación[15]. Los tribunales son funcionalmente incapaces de participar en este proceso, porque, en primer lugar, carecen de la capacidad legisferante que les permitiría crear un marco legal completo y, segundo, no tienen electores-miembros que satisfacer. De hecho, los tribunales prefieren permanecer fuera de las complicaciones del proceso legislativo y celebran la existencia de normas claras y estructuras legales coherentes y completas que facilitan su ya sobrecargada labor.

¿Entonces, de que manera compiten los tribunales?

En esquemas de integración, la mayor influencia de los tribunales está fundada en la posibilidad de establecer límites legales a la competencia por poderes de regulación entre órganos reguladores. A fin de fijar estos límites los tribunales crean reglas y principios básicos, pero no un completo marco regulatorio, el cual sólo puede ser desarrollado por los otros poderes y agencias. En el proceso de integración los tribunales pueden contribuir solamente a la consolidación de una delicada obra de ingeniería institucional en el cual las decisiones judiciales tienen la función y la relevancia de las partes fundacionales.

¿Cómo limitan los tribunales el proceso de competencia entre órganos reguladores y su consecuencia, tal es, la competencia entre normas legales?

Esta tarea es realizada a través de la fijación de límites básicos legales a las capacidades de generación de normas de los órganos reguladores. Estos límites legales pueden ser desde simples exámenes de validez de normas hasta declaraciones de derechos fundamentales. El test utilizado por los tribunales para intervenir en el proceso de integración nos ayuda a apreciar el grado de compromiso con la empresa común y los diseños institucionales que éstas favorecen.

B. La competencia y la cooperación entre tribunales en el Mercosur

1. Patrullando las fronteras

Los Estados miembros del Mercosur deben ser capaces de manejar, *inter alia*, una tensión interna: crear negocios e incentivos a las inversiones sin distorsionar la organización del mercado común. Los tribunales nacionales deben a su turno participar en el proceso nacional de gobierno y al mismo tiempo asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales. En este

15. Como ha sido señalado, el proceso de competencia por poderes de regulación *(regulatory competition)* consiste en la disputa entre órganos reguladores por la imposición de las estructuras legales más favorables a sus miembros-electores.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

trabajo se sugiere que, en ciertas coyunturas, los tribunales nacionales se verán obligados a asegurar la aplicación de las normas y principios del proceso de integración aun en contra de la voluntad de los órganos políticos nacionales.

Tres principales motivos o incentivos guían a los tribunales a intervenir de una manera eficiente en el proceso de integración. El primero de ellos es el interés propio de los tribunales. Al momento que los tribunales deciden ejercer el control judicial de las normas nacionales inconsistentes con los compromisos internacionales, también se aseguran cierta influencia en materia de integración. De esta manera, los actores públicos del proceso no pueden ignorar los intereses y las preocupaciones de los jueces. Sin embargo, el interés propio de los jueces no asegura una constante y comprometida participación de los tribunales en el proceso. De hecho, si sus poderes y competencias no están en discusión, los tribunales pueden muy bien retirarse a cumplir tareas más modestas.

El segundo incentivo sigue una lógica funcional. Como respuesta a la inicial, aunque tímida intervención de los tribunales en el proceso de integración, los individuos buscarán crecientemente la protección de los tribunales contra reglamentaciones nacionales que consideren inconsistentes con las obligaciones internacionales. En los casos de graves violaciones de los compromisos internacionales, los tribunales encontrarán dificultoso mantener un perfil bajo en asuntos de integración. Tan pronto como algunos derechos individuales sean clarificados por los tribunales, los individuos verán cristalizadas sus iniciales expectativas de reglas claras en el proceso de integración. Consecuentemente, los individuos presentarán más casos con ramificaciones vinculadas a la integración ante los tribunales a fin de identificar y luego materializar sus derechos. En la medida en que estas decisiones judiciales codifiquen las expectativas de los operadores del mercado ampliado y se transformen en reglas confiables y ejecutables, generarán también una reducción en los costos de transacción en los negocios transnacionales. El incremento de negocios transnacionales generado por la existencia de reglas claras y ejecutables, hará más visible las inconsistencias legales de los sistemas nacionales y los tribunales se verán de una manera creciente envueltas en cuestiones de integración. Como las cuestiones también incrementarán su complejidad, los tribunales deberán contemporáneamente resolver el problema de la coordinación de la interpretación legal entre las diferentes jurisdicciones.

El tercer aliciente de los tribunales nacionales para asumir facultades de control, intervenir eficientemente y coordinar sus soluciones es nuevamente el interés propio. Si los tribunales demuestran no estar preparados para brindar las soluciones legales que contribuyan a mejorar el desempeño económico del proceso de integración, el consenso político en el grupo podría adquirir suficiente *momentum* como para autorizar la creación de un órgano supranacional que resuelva el problema de la coordinación judicial y de la interpretación legal uniforme. En otras palabras, los tribunales nacionales tienen incentivos para brindar, en cada disputa entre individuos y órganos gubernamentales, la solución que asegure un funcionamiento óptimo del mercado común; porque de otra manera, los poderes y competencias de los tribunales nacionales podrían ser

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

restringidos a fin de crear una corte internacional y, como consecuencia, la hegemonía legal nacional de los tribunales supremos será discutida.

El grave problema que enfrentan los tribunales nacionales es que, debido a sus propios límites materiales, no están en condiciones de proveer todas las soluciones judiciales necesarias. A fin de entender las razones de este déficit funcional, es necesario tener una clara visión de las complejidades de la arena de la integración y de los modelos disponibles para regular las interacciones sociales, económicas y políticas entre individuos y actores públicos en un proceso de integración. Un breve repaso a estos elementos nos ayudará luego a dilucidar las capacidades y límites de los tribunales nacionales y a distinguir sus preferencias.

2. La compleja arena del proceso de integración

Bajo el régimen de un proceso de integración, los tribunales nacionales están llamados a definir nuevos patrones legales de interacción entre actores públicos y privados. Con el incremento de los negocios transnacionales, los tribunales enfrentan una creciente demanda de reglas de juego claras y justas que regulen las relaciones impersonales. Si los tribunales nacionales desean mantener su posición institucional, deben demostrar que están entre las mejores instituciones que pueden resolver los problemas legales generados por la integración económica a través de un sistema descentralizado de toma de decisiones, que asegure un ambiente legal confiable a los actores que contribuyen a un mejor desempeño económico de los Estados que llevan a cabo el proceso de integración. Los tribunales tienen también que demostrar que pueden funcionar eficientemente no solamente con relación a sus propios gobiernos, sino también con los gobiernos y cortes de los otros Estados del grupo. Es decir, tienen que establecer de una manera clara las nuevas reglas del juego, definiendo, resguardando y ejecutando las normas del proceso de integración juntamente con los tribunales de otros Estados miembros. Este es un desafío colosal.

Adolescentes de un mecanismo judicial común, los tribunales nacionales del Mercosur deben crear, fortalecer y completar el orden legal del mercado común. La tarea encomendada a los tribunales es muy difícil, pero los tribunales tienen algunas ventajas comparativas sobre posibles instituciones alternativas. La experiencia de la CE ha demostrado claramente que los tribunales nacionales continúan siendo los órganos mejor calificados para obligar a gobiernos reticentes a cumplir las obligaciones internacionales asumidas. Sin embargo, a fin de hacer posible esta tarea, los sistemas judiciales nacionales deben asegurar tres elementos básicos: (a) el acceso a la justicia de partes privadas; (b) soluciones judiciales predecibles; y (c) un adecuado sistema de remedios judiciales[16]. En un sistema que permite la competencia entre instituciones, el desafío es asegurar estos factores básicos de manera coordinada. Con este fin, los tribunales nacionales deben acertar un dificultoso balance en tres dimensiones; es decir, para mantener sus posiciones institucionales, los

16. Sherwood, R., Shepherd, G. & De Souza, C. M., "Judicial System and Economic Performance", en *The Quarterly Rev. of Economics and Finance*, Volumen 34, 1994, páginas 101-116.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tribunales nacionales están forzados a cooperar y competir en tres diferentes niveles que se superponen.

Uno de los niveles es el ámbito judicial; los tribunales deben cooperar con otras cortes. Por supuesto, los principales actores son las altas cortes, pero estas cortes pueden ser crecientemente incentivadas por los tribunales inferiores a cambiar y adaptar las viejas posiciones a las nuevas demandas del proceso de integración. Este fenómeno puede ser significativo en Estados con sistemas descentralizados (o mixtos) de control de constitucionalidad, como Argentina y Brasil. Por otro lado, académicos y abogados, a través de sus artículos, escritos y quejas, pueden contribuir a generar una conciencia judicial de la necesidad de reglas claras y ejecutables en el proceso de integración. A este nivel, los "diálogos" legales y el razonamiento legal serán los instrumentos que desarrollarán el "nuevo orden legal".

El segundo nivel es el ámbito nacional. Aquí los tribunales interactúan con los demás órganos y agencias del Estado. La ejecución judicial efectiva de las obligaciones internacionales debería incentivar a los órganos creadores de normas a volverse más sensibles a los intereses de los individuos y sectores afectados por el fracaso en la normal implementación de los objetivos comunitarios. Sin embargo, el análisis de la resolución de este tipo de conflictos a nivel nacional debe tener en cuenta el conflicto de intereses inmanente en ellos. Por un lado, el poder judicial parecería ser menos competente que el poder político para tratar las relaciones internacionales y, por lo tanto, podría naturalmente aparecer como renuente a producir una decisión contraria a los designios del gobierno. Por otro lado, la estabilidad misma del sistema político se basa en la habilidad de los poderes del Estado de controlarse unos a otros y en la capacidad del sistema de asegurar a los actores privados reglas y procesos confiables para conducir sus negocios. El dilema entonces debería resolverse sosteniendo que es en el interés del "Estado"[17] el hecho de asegurar la credibilidad internacional. Consecuentemente, los tribunales tienen un motivo institucional para controlar el abuso de la confianza pública por parte de funcionarios del Estado. Desdichadamente, a diario vemos que esta dialéctica tiene límites materiales, por lo cual, los potenciales límites al control judicial nacional de actos gubernamentales deben ser tomados seriamente en cuenta[18].

Finalmente, una visión sistémica es necesaria para completar el cuadro. Dentro del escenario ampliado de la integración, los tribunales influyen sobre las acciones de muchos actores y agencias. En Sudamérica, los operadores económicos han sido usualmente sujetos a regulaciones nacionales que han sido el resultado de políticas largamente discrecionales. Sin embargo, en el actual contexto debe tenerse en cuenta que en procesos de integración que

17. Debe señalarse que el interés del Estado es un término más comprensivo que el del interés del gobierno o del congreso.

18. Ver *infra*. Sección II.B.2. Ver, en general, Rosenn, K., "The Protection of Judicial Independence in Latin America", *The University of Miami Inter-Am. Law Review*, Volumen 19, 1987, páginas 1-35; Fiss, Owen, "The Limits of Judicial Independence", *The University of Miami Inter-Am. Law Review*, Volumen 25, 1993, páginas 57-76.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

facilitan el movimiento de consumidores e inversiones, algunos actores privados ganan un margen ostensible de influencia sobre las políticas públicas a las cuales serán sometidos. De hecho, estos actores pueden "votar con los pies" y "salir" de los sistemas en los cuales las reglas no son claras o son inejecutables. En otras palabras, diversos operadores económicos, dentro de los límites impuestos por sus actividades económicas, pueden seleccionar regulaciones (*regulatory arbitrage*), esto es, elegir la mejor ubicación para sus negocios de acuerdo al ambiente legal nacional. A fin de mejorar el desempeño económico del grupo, la función de los tribunales nacionales en este escenario es promover la responsabilidad cívica en todos los miembros de la sociedad y niveles de gobierno. Básicamente, esto requiere el establecimiento de reglas esenciales de tratamiento imparcial, las cuales proveerán la plataforma desde la cual las relaciones impersonales con extranjeros podrán ser conducidas con confianza. Reglas imparciales y ejecutables promoverán actividades que no estarán confinadas dentro de los límites nacionales, provinciales, municipales, grupales, étnicos, asociasionales o familiares. De esta manera, las actividades transnacionales favorecidas por la integración pueden finalmente florecer.

Los patrones de interacción entre los tribunales, y entre los tribunales y otros actores públicos y privados, están siendo actualmente definidos en el Mercosur. El desafío presentado a las cortes nacionales es inmenso; éstas tienen que contribuir a crear los mecanismos institucionales que: (a) aseguren la coordinación judicial; (b) incentiven a los jueces a controlar las acciones gubernamentales que dificultan u obstruyen el proceso de integración; y (c) promuevan la seguridad jurídica y la creación de las reglas más eficientes. Como al comienzo del proceso las cuestiones en juego no son totalmente claras, es previsible que los tribunales nacionales se tomen un tiempo para analizar y evaluar sus posibles alternativas. Las elecciones de los tribunales influirán fuertemente sobre el diseño institucional del Mercosur, porque en la ausencia de una corte común serán ellos quienes finalmente decidirán qué poderes pueden ser válidamente ejercidos por las autoridades nacionales, qué poderes han sido atribuidos a los órganos comunes, y cúal es el ámbito de libertad garantizado a los operadores privados del mercado. Para entender la implicancias institucionales de las decisiones que deben adoptar los tribunales, necesitamos elementos conceptuales adicionales.

C. Las posibles estrategias regulatorias: los modelos descentralizado, competitivo y centralizado

El modelo de regulación de mercado descentralizado, el modelo competitivo y el modelo centralizado son soluciones que pueden ser aplicadas en diferentes áreas del proceso de integración[19]. Las decisiones de los tribunales nacionales pueden favorecer cualquiera de ellos.

19. Estos diferentes modelos y sus impactos en el funcionamiento de la Unión Europea fueron cuidadosamente analizados por Miguel Poiares Maduro en su tesis doctoral *We the Court*, EUI Law Department, Junio, 1996.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. El modelo descentralizado

El modelo descentralizado está basado en dos normas básicas: (a) los Estados retienen el poder regulatorio, pero (b) éste no puede ser usado para discriminar en contra de personas o productos extranjeros. A fin de aprovechar las economías de escala, la regla esencial de operación del modelo descentralizado es la no-discriminación, la que permite a los operadores del mercado tener un libre acceso a todos los mercados[20]. Aunque cada Estado decide individualmente el esquema regulatorio nacional, el modelo descentralizado está todavía expuesto a fuerzas competitivas. A fin de modificar los marcos regulatorios nacionales, las fuerzas competitivas actúan directamente sobre la estructura del Estado, que es la entidad que monopoliza los poderes regulatorios. Cambios en las regulaciones pueden ser requeridos tanto por productores como por consumidores. Para los productores, por ejemplo, pueden ser necesarias modificaciones a fin de poder competir en mercados con estándares inferiores y, por lo tanto, con menores costos de producción. Para los consumidores, algunos ajustes pueden ser necesarios, *inter alia*, para mejorar la calidad y el precio de los bienes, y los niveles de protección del consumidor. Como cada Estado y mercado tienen sus propias regulaciones, el proceso de competencia entre los diferentes mercados depende enteramente de la movilidad de los consumidores y los productores. De hecho, la elección dejada a los consumidores y productores es únicamente en qué mercado comprarán o fabricarán sus productos. Por el contrario, los Estados tienen un amplio margen de maniobra para definir los esquemas regulatorios aplicables a todos los operadores nacionales, siempre que no discriminen abiertamente en contra de personas o productos extranjeros, por ejemplo, estableciendo condiciones más estrictas que las aplicadas a los nacionales. El más ardiente defensor del modelo descentralizado como herramienta para promover el libre comercio es Kitch, quien propuso que:

> "(...) el hecho de que exista una descentralización del poder sobre las leyes y las prácticas gubernamentales que afectan el comercio no significa que no habrá libre comercio. El libre comercio entre unidades descentralizadas resultará de la cooperación voluntaria, motivada por el hecho de que el libre comercio producirá mayor riqueza para compartir. En el corto plazo, esta vía al libre comercio podría causar bastante inestabilidad en la negociación, debido a que cada jurisdicción tratará de fortalecer su posición en la negociación a través de alardes, amenazas, o medidas directas. Sin embargo, en el largo plazo, este sistema podría proveer más libre comercio que la centralización del poder porque crea más incentivos en cada jurisdicción a fin de promulgar reglas eficientes, sea para el mercado interno o externo"[21].

En procesos de integración con marcadas asimetrías entre sus miembros, la implementación de un modelo descentralizado no llevará necesariamente a

---

20 Reich, N., *op. cit.*, página 866; Poiares Maduro, *op. cit.*, página 334.

21. (Traducción del autor) Kitch, E., "Regulation and the American Common Market", en Tarlock, A. D. (ed.), *Regulation, Federalism and Interstate Commerce*, Oelgeschlager, Gunn & Hain Publishers, 1981, páginas 13-14.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la creación de las reglas más eficientes, sino a la imposición de las reglas aplicables en los miembros con mercados de mayor tamaño. En un esquema de integración gobernado por el principio de no-discriminación, los estándares estipulados en los Estados con grandes mercados internos influirán fuertemente en la definición de los estándares aplicados en los pequeños miembros, desde que el acceso a los grandes mercados estará condicionado al cumplimiento de las regulaciones locales. Es claro que esta circunstancia generará presiones en los pequeños Estados con bajos estándares a fin de elevar sus estándares con vistas a ganar acceso a los mercados de los grandes miembros y, en el caso de pequeños estados con altos estándares, la dinámica será inversa, ya que, la presión será para disminuir los requerimientos legales nacionales a fin de poder competir en los grandes mercados.

Por otro lado, desde que las empresas asentadas en los grandes mercados podrían (a) tener poco interés en penetrar los pequeños mercados, o (b) tener actualmente acceso a estos debido a la existencia de estándares nacionales más elevados, el modelo descentralizado producirá probablemente una "corrida a los estándares del gran mercado", posea éste los estándares más altos o más bajos. Además, como los estándares legales nacionales son impuestos indiscriminadamente a todos los operadores de mercado nacional, los nacionales de ese mercado no sufrirán discriminación inversa, es decir, la aplicación de regulaciones más estrictas a los productos nacionales. Por lo tanto, no presionarán por un cambio legal. De esta manera, bajo un modelo descentralizado, tanto el poco incentivo para el cambio regulatorio como la falta de un verdadero proceso competitivo en los grandes Estados miembros, no contribuirán a la producción de las normas más eficientes.

Finalmente, debe ser puntualizado que, en el modelo descentralizado, la definición de los estándares es un proceso puramente interno; como resultado, todo cambio legal dependerá del ejercicio de acciones políticas dentro del proceso político nacional, de hacer *lobby* y de las limitaciones fácticas impuestas a los operadores del mercado para elegir la jurisdicción donde quieran establecerse[22]. Como esta última opción puede tener muy poco impacto, un problema estructural básico de los sistemas descentralizados es que en el proceso político interno los intereses extranjeros están generalmente subrepresentados.

2. El modelo competitivo

El modelo competitivo propone una mayor dependencia del proceso regulatorio de los incentivos y fuerzas creados por el mercado. En procesos de integración, el elemento distintivo del paradigma competitivo es el principio de reconocimiento mutuo. Sin embargo, en un sistema basado en la competencia, los Estados miembros no necesitan reconocer mutuamente todas las regulaciones de los otros miembros. Aunque los Estados pueden denegar la validez de algunas reglas extranjeras, deben, sin embargo, asegurar que los operadores del mercado disfruten de la mayor libertad de elección entre las diferentes regulaciones nacionales. Si bien algunas reglas podrían ser excluidas

22. Poiares Maduro, *op. cit.*, página 336.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del proceso competitivo, el sistema puede seguir siendo básicamente competitivo. La principal cuestión es entonces en que áreas se compite y de acuerdo a qué principios.

Una vía competitiva para la regulación del mercado de la CE fue insinuada por primera vez en el caso *Cassis de Dijon*[23] del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), y luego refinada en el Libro Blanco de 1985 de la Comisión de la Comunidad Europea (CCE): "Completando el Mercado Interno"[24]. El objetivo básico de este nuevo método, como anticipado por el TJCE y elaborado por la CCE, fue establecer un nuevo principio general para facilitar la remoción de las barreras técnicas al comercio de bienes y servicios. En el Libro Blanco, la Comisión propuso que "el principio general que debe ser aceptado es, si un producto es legalmente manufacturado y vendido en un Estado miembro, no existe razón para que no sea libremente vendido en toda la Comunidad"[25]. El método del reconocimiento mutuo requiere todavía la intervención común en ciertas áreas, pero esta intervención común (armonización) está limitada a establecer los estándares obligatorios mínimos, tales como los destinados a la protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente, etc.[26]. En aquellas áreas en las cuales la intervención común es necesaria, los Estados no están impedidos de aplicar normas más estrictas a sus propios nacionales, por lo tanto, el modelo competitivo acepta la discriminación inversa[27].

---

23. En esta celebrada sentencia el TJCE declaró que la disposición legal alemana que prohibía la venta de bebidas de una particular denominación porque no alcanzaban un cierto mínimo contenido alcohólico constituía una medida con efectos equivalente a una restricción cuantitativa en las importaciones, lo cual es una restricción prohibida por el Artículo 30 del Tratado de la CE. Para fundamentar su opinión la TJCE sostuvo:

"No existe (...) una razón válida por la cual, dado que han sido legalmente producidas y vendidas en uno de los Estados miembros, las bebidas alcohólicas no deban ser introducidas en otros Estados miembros". *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Case No. 120/78, 20 de febrero de 1979 [1979] ECR página 649, para. 14.

24. *Completing the Internal Market*, "White Paper from the Commission to the European Council", Brussels, 14 June 1985, COM (85) 310 final. Ver también Alter & Meunier-Aitsahalia, *op. cit.*

25. *Libro Blanco*, 1985, para. 58; ver también para. 77. Además, la Comisión declaró que este principio debería, también, ser aplicado a los servicios y a los trabajadores: "si un ciudadano o compañía de la Comunidad cubren los requisitos para operar en un Estado miembro, no existiría una razón válida para que esos ciudadanos y compañías no ejercieran sus actividades económicas también en otras partes de la Comunidad", para. 58.

26. *Libro Blanco*, 1985, para. 65 & 66.

27. Pareciera que el Mercosur está comenzando a experimentar con el modelo competitivo en algunas áreas. Su más alto órgano político, el CMC, en su Decisión No. 9/95, adoptó el "Programa de acción hasta el año 2000" (Mercosur 2000). Este documento detalla "los objetivos y *approaches* que deben guiar las negociaciones con vistas a fortalecer el esquema de integración". En el título "Eliminación y armonización de barreras no arancelarias", el CMC sugiere un modelo competitivo para manejar algunas barreras técnicas dado que, si bien "los reglamentos y las normas técnicas pueden contribuir a una producción eficaz y tecnológicamente avanzada, así como a la protección -entre otras- de la salud humana y del medio ambiente (...) dichos reglamentos y normas técnicas deben ser aplicadas de forma tal que no constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado, o una restricción encubierta al comercio". Por lo tanto, el CMC entiende necesario: "analizar la posibilidad de compatibilizar los sistemas, estructuras y actividades nacionales de evaluación de conformidad, adecuando sus procedimientos y asegurando el reconocimiento mutuo en el Mercosur". *(Mercosur 2000, Consolidación y perfeccionamiento de la unión aduanera*, para. 1.2.a.)

El complicado texto de la directiva dada por el CMC insinúa que esta declaración es un ajustado compromiso, por lo tanto, su impacto real puede ser limitado.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cuando es aplicado a un proceso de integración, el modelo competitivo parece disminuir algunos problemas de cooperación presentes en procesos internacionales de toma de decisión y supervisión. Esto se debe a diversos motivos. En primer lugar, los Estados necesitan ponerse de acuerdo solamente sobre reglas y principios obligatorios esenciales, mientras que no necesitan acordar la armonización de regulaciones altamente técnicas y complicadas. De esta manera, el proceso de toma de decisión en el ámbito de la unión es descargado de un difícil peso. En segundo lugar, cada Estado miembro es responsable por la implementación y cumplimiento de sus propios estándares dentro de sus jurisdicciones; por tanto, todo el poder de los mecanismos nacionales de supervisión y ejecución pueden ser utilizados con este fin. El tercer beneficio es que los Estados gozan de cierto margen de autonomía regulatoria; pueden innovar y probar diferentes soluciones y prácticas regulatorias que se adaptan mejor a las situaciones y requerimientos locales. Finalmente, la existencia de diferentes grupos de regulaciones incentiva un proceso de competencia entre normas, en donde las "mejores" reglas son seleccionadas de acuerdo con las necesidades y preferencias de los operadores del mercado, es decir, productores y consumidores, y no a través del proceso político.

Al momento de analizar el modelo competitivo, las más importantes cuestiones son: (a) qué decisiones son dejadas al proceso político; (b) cuáles son las reglas bajo las cuales los actores públicos y privados compiten; y (c) qué decisiones son dejadas a los operadores del mercado. Es necesario comenzar indicando que lo que es dejado dentro del proceso político está definido por el nivel mínimo de armonización acordado. En áreas sometidas al proceso competitivo, los Estados son formalmente libres de regular e innovar, pero esta discrecionalidad regulatoria tiene límites prácticos. Dado que en un modelo competitivo los Estados miembros deben aceptar el ingreso de bienes producidos en otros Estados miembros bajo diferentes regulaciones, estos bienes "importan" sus propias regulaciones y no pueden ser afectados por las regulaciones locales. Por lo tanto, las regulaciones nacionales más estrictas son aplicables solamente a los productos nacionales. Ésto, a su turno, podría llevar a casos severos de discriminación inversa. Como la existencia de regulaciones nacionales más estrictas puede afectar el desempeño económico de los productores locales, los Estados miembros tienen pocos incentivos para elevar los estándares de sus sistemas y, por lo tanto, "una corrida a los niveles más bajos" en términos de exigencia regulatoria es probable en modelos competitivos.

En segundo lugar, esta el hecho, ya señalado, que los actores públicos y privados pueden competir bajo diferentes reglas. Indudablemente, la competencia bajo el principio de reconocimiento mutuo es el sistema que da a los operadores del mercado el más amplio margen de elección, desde que no depende de la movilidad de los operadores. Como hemos visto, procesos competitivos también aparecen en un sistema regido por el principio de no-discriminación, pero el proceso competitivo depende en gran parte de la posibilidad del operador de cambiar de jurisdicción.

Las normas que protegen la salud humana y animal y el medio ambiente permanecerán dentro del área de la intervención común y serán progresivamente armonizadas (ver, *Mercosur 2000*, para. 1.2.b.).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La tercera cuestión refiere a las importantes elecciones que son dejadas a los operadores del mercado. Al analizar el modelo competitivo, es claro que cuando los operadores del mercado seleccionan un bien o un país, no sólo favorecen un producto o una jurisdicción, sino también un grupo específico de regulaciones. Los Estados miembros que participan en un proceso competitivo tienden a adaptar sus marcos legales de manera de obtener más operadores del mercado comprando bienes producidos en sus jurisdicciones y/o más productores produciendo dentro de sus fronteras. El desempeño de los Estados miembros en el proceso competitivo será entonces definido a través de las elecciones de los operadores del mercado.

El último punto, no por ello menos relevante, es que siendo las fuerzas e incentivos del mercado los elementos que definen el esquema regulatorio más deseable, la asimetría de los mercados nacionales no influye en el proceso regulatorio.

3. El modelo centralizado

El modelo centralizado de regulación del mercado común propone confiar los poderes de creación de políticas a los órganos comunes, los cuales deberán reemplazar progresivamente las regulaciones nacionales por un nuevo grupo de normas comunes. Aunque este modelo es frecuentemente idealizado como la mejor vía a la integración de mercados, la completa centralización de las funciones regulatorias es obviamente una panacea teórica. Uno de los obstáculos más difíciles para hacer realidad el modelo es que no es lógico esperar que los actores públicos nacionales (por ejemplo, políticos, funcionarios, jueces, etc.) aceptarán fácilmente la transferencia de sus competencias a las instituciones comunes, privándose de esa manera de poderes e influencia dentro del proceso político nacional[28] . Además, aun cuando este modelo es formalmente aceptado, su funcionamiento crea serios problemas de cooperación.

El modelo centralizado tiene dos características básicas: a) las instituciones comunes tienen exclusiva jurisdicción sobre las materias confiadas a ellas; y (b) las reglas adoptadas por las instituciones comunes reemplazan a las normas nacionales. Las ventajas del sistema derivan de estas características básicas. Así, el poder de decisión exclusivo y la primacía de las regulaciones comunes debe asegurar: primero, la integración de mercados, por medio del establecimiento de un marco regulatorio común y la igualación de las condiciones de competencia; segundo, las economías de escala producidas por el aprovechamiento centralizado de las experiencias nacionales, los instrumentos regulatorios y los recursos administrativos; tercero, la prevención de la duplicación regulatoria, en el ámbito común, por un lado, y en el ámbito nacional, por el otro; y cuarto, la facilitación del proceso de vigilancia y control de cumplimiento.

Críticamente, el éxito del modelo centralizado depende del establecimiento de instituciones comunes fuertes y que sean capaces de generar los incentivos

28. Como señala Pelkmans: “No es obvio porque, y hasta que grado, los políticos en países con economías mixtas y gobiernos representativos acordarían atarse a las reglas de un tratado con respecto a ciertos instrumentos de la política económica nacional o transferir parte de las competencias nacionales a un nivel común de gobierno”. (Traducción del autor) Pelkmans, J., “The Assigment of Public Function in Economic Integration”, en *Journal of Common Market Studies*, Volumen 21, 1982-83, página 97.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

necesarios para alcanzar los objetivos comunes. En general, en integraciones económicas, las instituciones son establecidas a fin de crear incentivos adicionales para la materialización del mercado común, desde que sólo los beneficios derivados de la creación del mercado único no son suficientes para asegurar que los Estados miembros contribuirán fielmente a sobrellevar las cargas y costos generados por el proceso[29]. Los mecanismos institucionales deben contribuir a alcanzar tanto resultados sustanciales como procesales. Una justa distribución de los costos y beneficios es el principal objetivo sustancial de los órganos comunes. Sin la ayuda de instituciones que aseguren que a cada miembro le corresponde la misma y equivalente proporción de costos y beneficios marginales del proceso, los miembros más grandes podrían evidenciar la falta de incentivos para continuar cooperando a fin de alcanzar un resultado óptimo[30], que es la realización del mercado único perfecto[31].

Con relación a los requerimientos procesales, en un modelo centralizado los mecanismos institucionales deben disminuir los costos de transacción, generar y distribuir información, y fortalecer la confianza en el proceso común de toma de decisión a través de dispositivos que favorezcan la transparencia, el control y el cumplimiento efectivo de las decisiones. Un modelo centralizado favorece, ciertamente, la generación de estos resultados procesales; a los gobiernos, les brinda un *forum* para discutir problemas comunes, intercambiar información y aunar recursos para vigilar las infracciones; a los operadores del mercado, facilita la individualización de las condiciones y términos contractuales, desde que el modelo apunta a establecer un único marco regulatorio aplicable a todo el mercado común[32]. Además, un único grupo de

---

29. Sobre el tema de los problemas de acción colectiva ver en general, Olson, M., *The Theory of Collective Action - Public Choice and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1971.

30. Los requerimientos de soluciones institucionales son superiores en pequeños grupos como el Mercosur, desde que "al compartir los costos y esfuerzos para alcanzar el objetivo común en grupos pequeños, existe (...) una sorprendente tendencia a la "explotación" de los grandes por los pequeños" (Olson, *op. cit.*, página 3 y páginas 28-31). En otras palabras, los miembros más grandes podrían tener que soportar una carga desproporcionada a fin de alcanzar los objetivos comunes.

En el caso del Mercosur, es fácil apreciar que Brasil debe abrir un mercado de 160 millones a sus socios, mientras que Uruguay ofrece 3 millones de consumidores. Por otro lado, también puede puntualizarse que las firmas establecidas en los grandes mercados pueden fácilmente capturar porciones de los pequeños mercados, dañando seriamente a las firmas locales. Sea como fuere, las asimetrías demandan mecanismos efectivos para controlar los desequilibrios.

31. Este análisis se concentra en los incentivos para los grandes socios porque los pequeños miembros pueden ser más fácilmente convencidos y/o incentivados, por ejemplo, por medio de la oferta de beneficios adicionales o la amenaza de ser excluidos del proceso.

32. Para los operadores del mercado, la necesidad de conocer un sólo grupo de regulaciones, en vez de tantos estándares como miembros tiene el proceso de integración, reduce sustancialmente los costos de transacción. Particularmente, esto es claro debido al hecho de que los operadores enfrentan costos de transacción no sólo en la creación de un contrato, sino también en el cumplimiento y la ejecución forzada del mismo. Coase, al describir los costos básicos de los operadores privados, ha estimado que:

"A fin de llevar a cabo un transacción en el mercado es necesario descubrir con quien uno desea contratar, informar a las personas de nuestros deseos de contratar y en que términos, conducir las negociaciones que llevan a un acuerdo, redactar el contrato, llevar a cabo las necesarias inspecciones para asegurarse que las condiciones del contratos son cumplidas y respetadas, y así en adelante". *(Traducción del autor) Coase, R.H., "The Problem of Social Cost", en* Journal of Law and Economics, Volumen 3, 1960, página 15.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

regulaciones hace más fácil identificar y perseguir a los infractores. Todo ello finalmente implica que, en un modelo centralizado, el sistema de supervisión, control y sanciones sea administrado por un único árbitro.

4. Moviéndonos hacia la práctica

Habiendo delineado en términos teóricos los perfiles básicos del fenómeno de la competencia entre instituciones, los incentivos y desafíos de los tribunales nacionales y los posibles modelos de regulación del mercado que los tribunales pueden favorecer, la próxima sección será dedicada a realizar una estimación provisional de los límites de la influencia de los tribunales en la dinámica institucional del proceso de integración.

II. El cambio institucional, la efectividad del sistema y los tribunales nacionales

Como ha señalado North, las instituciones son límites diseñados para regular la interacción humana. Ellas moldean los modos de los intercambios entre individuos o grupos, sean estos políticos, sociales, o económicos. El cambio institucional, por su parte, es un proceso de acomodamiento a diferentes situaciones sociales, políticas y económicas presentes en un cierto período, que condiciona la forma en que las sociedades evolucionan[33]. Como ha sido sostenido en el comienzo, los tribunales nacionales tienen una participación limitada en la estructuración inicial de las instituciones, pero ellas participan activamente en la adaptación posterior. Al influir sobre la efectividad (*effectiveness*) del sistema de integración, los tribunales expresan sus preferencias y proponen modificaciones a los órganos políticos. Basado en los modelos brevemente descriptos, este estudio intentará (a) comparar las diferentes decisiones y enfoques propuestos por las más altas cortes nacionales en la CE y Mercosur; (b) distinguir las preferencias de las estas cortes nacionales; y (c) delinear una prospectiva de cambio institucional en Mercosur.

A. Las elecciones de los tribunales nacionales

La integración de mercados requiere medidas legales negativas y positivas; es decir, la eliminación de ciertas reglas y la creación de otras. Los modelos descriptos sugieren que diferentes procesos pueden ser preferidos en diferentes áreas a fin de determinar cuales deben ser estas medidas: (a) los procesos políticos nacionales; (b) un proceso competitivo; y (c) un proceso de decisión común. La elección inicial respecto de cuál proceso elegir es una decisión política, que descansa en las manos de los políticos. Esta decisión no es inmutable y completa, desde que la eficacia del modelo adoptado depende de la efectividad de las estructuras legales. Por lo tanto, a fin de entender mejor la dinámica institucional, es necesario incluir las preferencias de los tribunales en el análisis, por ser ellos una variable fundamental en el funcionamiento de los sistemas jurídicos.

---

33. North, D. C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, página 3.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los tres modelos de regulación de mercado delineados nos ayudarán a apreciar cómo las decisiones de los tribunales en los grandes Estados miembros pueden influir fuertemente en el diseño institucional y la efectividad del sistema. Este fenómeno es particularmente visible en grupos con agudas asimetrías entre sus miembros, tales como el Mercosur.

1. La aceptación del efecto directo y la supremacía por los tribunales nacionales europeos y sus preocupaciones respecto de las competencias comunitarias

La aceptación de las doctrinas del efecto directo y la supremacía[34] del derecho comunitario por los tribunales nacionales europeos puede ser vista como el resultado del reconocimiento por parte de éstos de sus incapacidades para imponer en forma individual sus preferencias, y de sus limitaciones para dirigir la construcción institucional de la CE. Durante los años fundacionales[35], ningún país en la CE pudo ejercer un claro rol hegemónico, ni pudieron sus cortes nacionales imponer individualmente sus preferencias o sus estructuras legales.

Al final de los años '70, con excepción de Francia, las altas cortes nacionales de la CE parecieron reconocer sus propias limitaciones y comenzaron, por lo tanto, a tomar las decisiones del TJCE seriamente[36]. Durante este período, las preocupaciones de los tribunales comenzaron a ser redirigidas, y los tribunales empezaron a ver con preocupación las siempre crecientes competencias comunitarias. Las altas cortes nacionales, concientes de su incapacidad para imponer sus preferencias dentro de la arena comunitaria, comenzaron a tratar de circunscribir los dominios legales de la Comunidad. Esta ha sido una imperiosa necesidad en los países con cortes constitucionales, como Alemania, Italia e Irlanda[37].

---

34. Las doctrinas del efecto directo y la supremacía son los elementos básicos del modelo centralizado de la CE. Estas doctrinas que comienzan con los celebrados casos *Van Gend & loss* (1963) y *Costa v. ENEL* (1964) han sido extensamente discutidos en la doctrina legal. Por un cuidadoso tratamiento de tema ver, T. Hartley, T., *The Foundations of Community Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

La TJCE completó posteriormente el modelo en el caso *ERTA*, donde elaboró un amplio principio de *pre-emption* del derecho comunitario. Allí, la TJCE declaró: "(...) los poderes comunitarios excluyen la posibilidad de concurrencia con los poderes de los Estados miembros, desde que toda acción tomada fuera de las instituciones comunitarias sería incompatible con la unidad del Mercado Común y la uniforme aplicación del derecho comunitario". (Traducción del autor) *Commission v. Council*, Case No. 22/70, 31 Mayo 1971 [1971] ECR página 263, página 31. Por supuesto, la TJCE refinó y moderó esta amplia demanda de jurisdicción en su subsecuente jurisprudencia.

35. Este período va desde 1951 a los finales de los años '70.

36. Un rápido repaso de las principales decisiones judiciales incluyen: en Los Países Bajos: *Bosch GmbH et al v. De Geus* en Uitdengogerd (1965), *Netherlands International Law Review*, páginas 318-322; en Luxemburgo: *Chamber de Métiers v. Pagani*, (1954) Pas. Lux., página 150; en Bélgica: *Minister of Economic Affairs v. Fromegerie Franco Suisse 'Le Ski*, (1972) CMLR, página 330; en Francia: sólo la *Cour de Cassation, Administration des Douanes v. Société Cafés Vabre and Weigel et Compagnie* (1975), 2 CMLR, página 336; en Italia: *Frontini v. Ministero delle Finanze* (1973), 2 CMLR, página 372; en Alemania: *Internationale Handelsgesellschaft mbh v. Einfuhrvorratsstelle Für Getreide & Futternittel (Solange I)* (1974), 2CMLR, página 540; en Dinamarca: *Lars O. Grønborg v. The Prime Minister* (1972), CMLR, página 516; y en Gran Bretaña: *Garland v. British Rail Engineering Ltd.* (1982), All ER, página 402.

37. Desafortunadamente este tema está fuera del alcance de este estudio, el cual será tratado en otro lugar: "Europa, Mercosur y sus cortes nacionales: un análisis institucional comparativo" (en elaboración).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Las reacciones a la marea creciente del derecho comunitario demostradas en sus jurisprudencias pueden ser entendidas como señales de su malestar y reticencia a ser privadas de sus atribuciones judiciales constitucionales en ámbitos que van más allá de la medida estrictamente necesaria para la realización del mercado común. Ello también puede ser interpretado como una demanda indirecta de un sistema confiable de pesos y contrapesos entre autoridades nacionales y supranacionales.

Al reconocer la supremacía del derecho comunitario, los tribunales nacionales consintieron la atribución de competencias a instituciones comunes y, con ello, delegaron en las instituciones comunes la adopción de decisiones básicas y elecciones institucionales como, por ejemplo, el modelo de integración de mercados. De esta manera, cuando el modelo centralizado y la estrategia del reconocimiento mutuo demostraron ser inoperativas en ciertas áreas y limitaba el desempeño económico de la Comunidad, las sugestiones de cambio provinieron incluso del TJCE[38].

En lo que concierne a la efectividad del derecho comunitario, la incapacidad de los tribunales nacionales para imponer individualmente sus preferencias institucionales, no necesariamente ha conllevado una inhabilidad para controlar judicialmente el cumplimiento del Tratado de Roma de manera descentralizada. Los tribunales nacionales siguen siendo importantes actores en el sistema de cumplimiento forzado de obligaciones comunitarias. Como ha sido señalado, la centralización del proceso de toma de decisiones requiere un refuerzo del sistema comunitario de supervisión y control de cumplimiento. Por ello, algunas precauciones debieron ser tomadas a fin de asegurar que, en caso de que la violación del tratado involucrase un conflicto de intereses sobre cuestiones altamente polarizadas y sensibles, el recurso a medidas de represalia estuviera efectivamente clausurado. Dado que el proceso judicial nacional no parece capaz de prevenir este tipo de medida nacional unilateral, los tribunales nacionales optaron por la operacionalización del sistema centralizado de control judicial sobre la base de las referencias preliminares a la TJCE[39]. Este ha sido un fenómeno en el cual los tribunales inferiores han contribuido más intensamente[40]. En el reconocimiento que hacen los tribunales nacionales de sus límites y condicionamientos para manejar eficientemente los conflictos

---

38. Ver casos, *Dassonville*, Case No. 8/74 [1974] ECR, página 937, *Cassis de Dijon*, *op. cit.*, y *Keck & Mithouard*, Cases No. C-267 & 168/91 [1993] ECR I, página 6097.

39. El Artículo 177 del Tratado de Roma autoriza a los tribunales inferiores y obliga a las altas cortes a solicitar una decisión del TJCE al momento en que surja en un caso que tramita ante un tribunal nacional una cuestión relacionada con el derecho comunitario.

Las sentencias preliminares del TJCE ha brindado a los tribunales nacionales tanto el necesario "consejo" legal en complejas cuestiones de integración, como el refuerzo necesario a la autoridad judicial nacional con relación a la administración nacional. Este desarrollo es más notable en sistemas como el inglés, que formalmente rechaza el control judicial. Como sostiene Craig, la rapidez con que los tribunales ingleses aceptaron sus responsabilidades comunitarias puede entenderse mejor si se aprecia que: "la buena disposición a cambiar la ortodoxia constitucional en el contexto de la soberanía y la asociación del Reino Unido a la CE, fue en sí misma, afectada por la cambiante actitud de parte de los tribunales en general con respecto a la relación entre el Poder Judicial y el Legislativo". (Traducción del autor) Craig, P. P., *The European Court and National Courts Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, EUI-WP-RSC No. 95/29, página 17.

40. Ver TJCE, *Annual Report 1991*, Luxembourg, 1993, cuadro sinóptico en la página 135.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

transnacionales, yace una importante razón para operacionalizar el Artículo 177 del Tratado de Roma[41]. Además, otro importante elemento que ha coadyuvado a fortalecer el sistema de control judicial del cumplimento de obligaciones comunitarias ha sido que el reacomodamiento de funciones judiciales entre el tribunal comunitario y los tribunales nacionales haya sido considerado aceptable por estos últimos. Sin embargo, no todo es convergencia, es por ello que la difícil demarcación de las competencias comunitarias continúa siendo un elemento desestabilizador de este "contrato social" judicial.

Al final de cuentas, a los fines de este ensayo, dos son los elementos más relevantes para realizar una comparación con el Mercosur. El primero, las altas cortes nacionales de la CE fueron estructuralmente incapaces de influir sobre el diseño institucional inicial hecho en el Tratado de Roma de 1957[42]. El segundo, los tribunales nacionales europeos, inclusive aquellos de los grandes miembros de la CE, han sido funcionalmente incapaces de proveer soluciones alternativas (a las propuestas por la TJCE) para los problemas derivados de la integración legal y la conflictividad transnacional, y como consecuencia, han tenido limitada influencia en la dirección institucional[43]. En el conjunto, la solución más fácil del dilema de los tribunales nacionales pareció ser la de reverenciar las decisiones fundamentales del TJCE.

2. Las preferencias de los tribunales del Mercosur

Los eventos en el Mercosur han sido influenciados por coyunturas y alternativas funcionales muy diferentes. La estructura institucional establecida en Ouro Preto es básicamente el resultado del diseño brasileño y el asentimiento argentino. El diseño institucional de Ouro Preto ha satisfecho también a los más altos tribunales brasileños y argentinos. A pesar de ello, aquí tampoco todo es convergencia.

El análisis histórico-estructural indica que, tanto en los tribunales argentinos como en los brasileños, existe una tendencia a aceptar soluciones institucionales que no socaven sus duramente adquiridos poderes de control judicial[44]. El

---

41. Stone, A. & Caporaso, J., sostienen que el dramático incremento de los intercambios internacionales, y por tanto también de las disputas, explica la aceptación por los tribunales nacionales de las doctrinas del la TJCE y el uso del procedimiento del Artículo 177. "From Free Trade to Supranational Polity: the European Court and Integration", *WP Center for German and European Studies No.2.45,* University of California, 1996.

El Art. 177 CEE dispone que en cuestiones de interpretación del derecho comunitario, los jueces nacionales de grado pueden, y los tribunales de última instancia deben, solicitar una decisión preliminar del TJCE.

42. Tal vez sea más preciso decir que fue una combinación de incapacidad e indiferencia, una situación que Eric Stein tan elegantemente definiera como: *benign neglect* (un descuido afortunado).

43. Aunque algunas cortes han sido formalmente "investidas" con nuevos poderes comunitarios de control, estos poderes son totalmente ineficaces para influenciar las elecciones institucionales del TJCE. Ver Burley, A. M. y Mattli, W., "Europe before the Court: a Political Theory of Legal Integration", en *International Organization*, Volumen 47, 1993, páginas 41-76.

44. Tal vez la más clara evidencia de esta tendencia está dada por la historia paralela de la evolución jurisprudencial de los recursos de amparo argentinos y el *mandado de segurança* brasileño. Lamentablemente, cuestiones de espacio no permiten el tratamiento de este apasionante tema. Ver, en general, los cuidadosos análisis de Clark, D. S., "Judicial Protection of the Constitution in Latin America", en *Hasting Constitutional Law Quarterly*, Volumen 2, 1975, páginas 405-

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

establecimiento de una corte común del Mercosur va decididamente contra esta tendencia.

El problema central es que, aun cuando esta coincidencia entre cortes tuviera bases sólidas, no existe acuerdo entre ellas respecto de cual debería ser la institución encargada de definir las políticas básicas del grupo como, por ejemplo, el modelo de regulación del mercado que mejor se adapta a cada área a integrar. El mayor desacuerdo entre los tribunales argentinos y brasileños es sobre la atribución de poderes regulatorios. La efectividad de las normas del Mercosur no ha sido en principio afectada por estas diferentes posiciones, debido a que tanto los tribunales argentinos como los brasileños generalmente favorecen la aplicación de tratados comerciales[45]. A pesar de ello, los *tests* legales utilizados son diferentes y tienen diversas implicaciones respecto de la atribución de poderes regulatorios.

Con relación al modelo de regulación de mercado, los tribunales brasileños favorecen, en principio, un modelo descentralizado. La jurisprudencia brasileña desde hace un par de décadas ha sentado las bases para la aplicación de un test de no-discriminación en la evaluación de las reglas del proceso de integración[46]. En otras palabras, todas las regulaciones brasileñas serían, en principio, válidas en tanto que sean aplicables igualmente tanto a nacionales como extranjeros. De esta manera, los tribunales brasileños favorecen los estándares establecidos por los órganos políticos nacionales. El enfoque de los tribunales argentinos, sin embargo, parece aceptar sin problemas un modelo centralizado, desde que ellos aceptan la supremacía de las normas comerciales internacionales sobre las regulaciones nacionales, independientemente del hecho que estas normas internacionales sean generadas en órganos internacionales[47]. Mientras que la jurisprudencia uruguaya permanece formalmente desinteresada respecto de las normas internacionales[48], la doctrina paraguaya parece seguir el enfoque argentino[49]. Todas estas divergencias plantearán límites al sistema del Mercosur.

442; Sagües, Pedro, *Derecho procesal constitucional: acción de amparo*, Editorial Astrea, 1988; Fix Zamudio, H., "The Writ of Amparo in Latin America", en *The Lawyers of the Americas*, Volumen 13, 1981, páginas 380-381; Barbosa Gomez, J. B., *La Cour Supreme dans le Système Politique Bresilien*, Biblioteque Constitutionnelle et de Science Politique, Tomo 79, 1994; Morello, A. (ed), *Tutela procesal de las libertades fundamentales*, JUS, La Plata, 1987; el mismo autor, *La Corte Suprema en acción*, Editorial Platense, 1989; Karst, K. & Rossen, K., *Law and Development in Latin America*, University of California Press, 1975; entre otros estudios.

45. Cf. en Argentina, *Cafés la Virginia*, en Diario *El Derecho*, 1 de diciembre de 1994; en Brasil, Súmula 575, y los numerosos casos del Supremo Tribunal Federal (STF) que refinan esta jurisprudencia, ver en particular Dolinger, J., "Brazilian Supreme Court Solutions for Conflicts Between Domestic and International Law: An Exercise in Eclecticism", en *Capital University Law Review*, Volumen 22, 1993, páginas 1041-1093.

46. Inclusive en los casos en los que el STF ha distinguido entre tratados contractuales y normativos, ha resaltado también la existencia de una cláusula de no discriminación para autorizar la aplicación privilegiada de tratados comerciales (Cf. RE 114.784, 11 de diciembre de 1987 [1988] RTJ, Volumen 126, página 804. Ver también, Dolinger, *op. cit.*, página 1077.

47. C.N. argentina, artículo 75, inciso24, *in fine*.

48.Ver Sentencia No. 25/90, en Decretero de Sentencias de la Corte Suprema de la República Oriental del Uruguay.

49. Ver, C.N. paraguaya, artículo 145.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

B. Los límites del modelo descentralizado en Mercosur

El problema de las posiciones judiciales que aceptan sólo el modelo descentralizado de regulación de mercados es que los modelos delineados en este estudio no son mutuamente excluyentes, sino necesariamente complementarios[50]. Por otro lado, está claro que Kitch defendió el modelo descentralizado principalmente dentro del contexto del mercado común de los Estados Unidos de América, un mercado interno ya completado y severamente controlado por autoridades federales[51]. El escenario del Mercosur es, por el contrario, radicalmente diferente.

El hecho es qué reglas mínimas y esenciales son necesarias para que el modelo descentralizado funcione adecuadamente[52]. El Artículo 1 del Tratado de Asunción (TA) establece que: "El mercado común implica: (...) el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración". Sin embargo, el Tratado no contiene ninguna cláusula identificando cuáles serán esas áreas relevantes. Tampoco es claro cuál es la autoridad encargada de la armonización. Un proceso de toma de decisiones común que uniformemente defina (a) lo que se debe regular conjuntamente, (b) lo que se someterá al proceso competitivo y (c) lo que será dejado a los procesos nacionales es una necesidad institucional esencial en el Mercosur. Los actuales mecanismos institucionales del Mercosur no pueden siquiera determinar uniformemente que cae dentro de la jurisdicción común y que permanece dentro del ámbito de discreción nacional. Este déficit adquirirá una importancia crítica tan pronto como aparezcan severos conflictos interinstitucionales y las soluciones políticas fallen.

A esto debe sumarse los problemas que surgen del carácter dual de los procesos de integración, es decir, la existencia de dos niveles de gobierno. Esta condición incrementa la necesidad de que la institución señalada para definir las áreas de intervención común sea también capaz de controlar los procesos de toma de decisión, tanto en el ámbito nacional como internacional. Ningún órgano puramente político parece tener la capacidad necesaria para asegurar este impacto dual, es decir, controlar la legalidad de la producción (centralizada) de normas uniformes esenciales y, al mismo tiempo, supervisar los procesos nacionales de toma de decisión (descentralizados). En la CE, la

---

50. Como Ehlermann ha señalado: "la competencia entre reglas no es otra cosa que la otra cara de la armonización: donde la armonización no es acordada, existe lugar para la competencia entre reglas". (Traducción del autor) Ehlermann, C. D., "Harmonization versus Competition Between Rules", en *European Review*, Volumen 3, 1995, página 334.

51. Reich, *op. cit.*, página 866.

52. Esto es también aplicable al modelo competitivo, como ha sido sostenido por Woolcock: "(...) alguna armonización es requerida a fin de asegurar que los marcos regulatorios en los diferentes países sean reconocidos como sustancialmente equivalentes. Por ejemplo, es considerado como necesario la armonización de las medidas esenciales de seguridad. Por arriba y por abajo de este nivel la competencia entre reglas aparece por sí misma. El principio de reconocimiento mutuo provee entonces un medio para la coordinación de las diferencias que restan entre los estilos nacionales sin que ellos sean usados como excusas proteccionistas, con todo estas diferencias no necesitan ser completamente removidas. Una vez que los estándares esenciales son alcanzados, el resto puede ser dejado al "mercado de las regulaciones". (Traducción del autor) Woolcock, S., *op. cit.*, página 13.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TJCE y el novedoso mecanismo de las referencias preliminares han provisto la necesaria conexión dual entre la arena nacional y la internacional. De esta manera, la TJCE ha sido capaz de crear incentivos para la regulación en el ámbito internacional, mientras que dirigía el control de cumplimiento del derecho comunitario en el ámbito nacional.

En el escenario del Cono Sur, la aceptación de la supremacía de las reglas del Mercosur por parte de todos los tribunales nacionales de los Estados miembros resolvería el problema sólo parcialmente, porque permanecerían los problemas de interpretación con respecto al alcance de las normas esenciales mínimas. Esto lleva a concluir que una necesidad institucional básica del Mercosur es el establecimiento de un órgano capaz de influir tanto en los procesos de toma de decisión nacionales como el internacional, asegurando al mismo tiempo la interpretación uniforme y la aplicación nacional de las normas esenciales básicas del Mercosur. De hecho, sólo una corte supranacional parece ser capaz de proveer la necesaria guía interpretativa para aplicar uniformemente las reglas obligatorias mínimas que son esenciales para el eficiente funcionamiento de un sistema descentralizado de toma de decisiones en el Mercosur[53].

Si bien la propuesta de creación de la corte común del Mercosur tiene gran consenso entre académicos, pocos han señalado los difíciles obstáculos que tal proyecto deberá superar para convertirse en realidad. Este trabajo intenta ser una contribución en ese sentido, ya que sólo individualizando y analizando correctamente los problemas podremos suministrar soluciones adecuadas.

No es novedad que Mercosur sufre graves disfunciones institucionales. Algunos elementos de este problema fueron resaltados en este artículo, en particular la falta de una autoridad común que circunscriba claramente las áreas de intervención común y los inconvenientes regulatorios creados por las grandes asimetrías dentro del grupo. Estos factores han hecho que el sistema institucional del Mercosur genere insuficientes incentivos para alentar a los Estados miembros a crear todas las mínimas normas uniformes y estimule oportunas innovaciones institucionales.

El riesgo más serio es que las disfunciones del presente diseño institucional del Mercosur podría fácilmente llevar a: a) una corrida a los estándares regulatorios establecidos en el Brasil, sean estos los "altos" o los "bajos", suprimiendo mecanismos de competencia e ignorando todo tipo de consideración relativa a la eficiencia económica del sistema; b) la definición de políticas esenciales de los países miembros dentro del proceso político brasileño; c) una seria dependencia por parte de todos los operadores públicos y privados del Mercosur de las decisiones e interpretaciones de los tribunales superiores brasileños. En pocas palabras, podía existir un serio caso de propensión o parcialidad brasileña en el sistema del Mercosur.

---

53. Algunos argumentos que justificarían la creación de la corte común del Mercosur han sido desarrollados *in extensu* en Oviedo, Marcelo Javier, "Desregulación, rerregulación y la cuestión del tribunal común del Mercosur", en *Revista Jurídica del Nordeste*, año 4, nº 36, 1998, páginas 36-50.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Bajo estas circunstancias, podrían surgir reacciones no muy cooperativas por parte de los tribunales argentinos[54], paraguayos y uruguayos, y consecuentemente, la performance -sino la viabilidad misma- del Mercado Común del Sur estaría en peligro.

Reformulando nuestra proposición principal podemos decir que los tests judiciales aplicados por los tribunales brasileños para decidir sobre los efectos de normas comunes en el ordenamiento legal interno encapsulan al sistema del Mercosur dentro de un modelo regulatorio descentralizado asimétrico. Este modelo desigual del Mercosur atribuye al Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño el poder de decidir como último árbitro sobre esenciales cuestiones de política pública tanto a nivel doméstico como del mercado común. De esta manera, en el modelo asimétrico de regulación descentralizada, las decisiones del STF -inclusive en cuestiones accesorias- sobre la regulación del mercado interno brasileño tendrán un impacto notable en todos los operadores económicos del grupo en los otros Estados miembros, ya que para acceder u operar en el amplio mercado brasileño éstos tendrán que cumplir con las decisiones judiciales finales e irrevisables del STF.

A manera de cierre cabe señalar que el problema esencial del incremento de los poderes de las altas cortes brasileñas creado por la implementación de un modelo regulatorio descentralizado en el Mercosur es que no genera incentivos para realizar cambios legales sustanciales y necesarios, en la posición de los tribunales brasileños, sobre los efectos de las normas comunes en su ordenamiento legal interno. Nos referimos concretamente a la aceptación de la supremacía de las normas esenciales del Mercosur por parte de los jueces brasileños, situación que permitiría el funcionamiento eficiente de un modelo decentralizado de regulación del mercado.

El actual estado de cosas permite que el STF tenga una potente voz en el diseño, negociación e implementación de políticas comunes. Previsiblemente, éste es un privilegio que no declinará graciosamente.

Para resolver este dilema judicial, tal vez el argumento funcional utilizado para explicar el desarrollo institucional ocurrido en la CE tenga valor explicativo en el Mercosur en un futuro. Sin embargo, para averiguar si tal interpolación es posible necesitaremos que el Mercosur dibuje en el tiempo una curva institucional más prolongada y clara. Sólo entonces podremos comprobar si las proposiciones teóricas que fueron presentadas en este trabajo reflejan de alguna forma la compleja realidad.

Conclusión y Prospectiva

En un proceso de integración, la competencia interinstitucional activa fuerzas integrativas y desintegrativas. El desafío es entonces confinar los procesos competitivos a aquellas áreas en las que promoverá y ayudará a la

54. Una posible reacción argentina podría ser la adopción de una interpretación flexible de la "clausula de reciprocidad" del nuevo Artículo 75 inciso 24 de la Constitución Argentina. Esto es algo que ya fue esbozado por el Ministro Boggiano en su voto en Cafes la Virginia.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

integración y, por otro lado, crear mecanismos institucionales para contener las fuerzas competitivas dañosas. Esta tarea requiere una cuidadosa evaluación de las capacidades y los límites de las instituciones existentes a fin de identificar los posibles déficits que necesitan ser mitigados.

En este ensayo se ha intentado identificar los incentivos que tienen los actores públicos para participar en un proceso de competencia entre instituciones. La descripción de la competencia vertical y horizontal ha tratado de capturar parte de las muchas interrelaciones institucionales posibles en el gobierno a dos niveles de la integración económica. Esto ha sido un intento de exponer la insistente tendencia a competir sea en organizaciones jerárquicas o no-jerárquicas.

Aunque la competencia interinstitucional es una persistente tendencia, cada actor público tiene diferentes incentivos para ello y enfrenta diferentes condicionamientos. No todas las instituciones son igualmente capaces de participar en una continua lucha para incrementar sus poderes, ni tiene capacidades legales y físicas para administrar y responder a la creciente demanda de decisiones. El carácter "reactivo" de la actividad judicial y los limitados recursos judiciales físicos determinan una participación moderada de los cuerpos judiciales en la competencia interinstitucional y, por lo tanto, una tendencia al auto control (*self-restraint*).

Sin embargo, ha sido sugerido que cuando esta pasividad puede socavar sus propios poderes y competencias, los tribunales parecen estar dispuestas a participar en la competencia interinstitucional. En estas coyunturas, los tribunales deben hacer básicas elecciones institucionales que tendrán consecuencias importantes para la atribución de competencias en el sistema. También ha sido propuesto que los tribunales tienen incentivos para intervenir de la manera más eficiente en el proceso de integración. El incentivo más importante es que la intervención ineficiente de los tribunales nacionales puede llevar a la creación de una corte común, y como consecuencia directa de ello, los tribunales supremos perderán parte de su hegemonía legal doméstica. Mantener sus posiciones institucionales no es una tarea fácil, sobre todo porque, al resolver los problemas presentados por la integración de mercados, los tribunales pueden favorecer diferentes soluciones. Estas soluciones fueron estilizadas en tres modelos de regulación de mercados: descentralizado, competitivo, y centralizado. De esta manera fueron establecidas las bases conceptuales para identificar las posibles preferencias de los tribunales nacionales.

También se ha analizado las formas en las cuales los tribunales nacionales podrían influenciar los cambios institucionales en el proceso de integración. Aunque los tribunales nacionales tienen grandes incentivos para asegurar la efectividad de las reglas del mercado común, la capacidad de los tribunales nacionales para mejorar el sistema es limitada. Se sugiere que, debido a condicionantes legales y estructurales, los tribunales nacionales son incapaces de proveer todas las soluciones legales que el proceso de integración requiere. La compleja arena del proceso de integración y la complementariedad de los modelos de regulación de interacciones políticas y económicas entre actores públicos y privados indican que no todas las decisiones pueden ser tomadas eficientemente en

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el ámbito nacional. Una lección básica de las Comunidades Europeas es que su misma creación crea problemas institucionales a los cuales los tribunales europeos nacionales han sido incapaces de dar una respuesta alternativa eficiente. Por lo cual ellos se vieron obligados a reverenciar la postura del TJCE.

Las asimetrías que presenta el Mercosur parecen permitir a algunas cortes nacionales la posibilidad de introducir innovaciones institucionales en el diseño de la integración económica. Por ejemplo, las asimetrías socio-económicas y legales permiten a los órganos políticos y judiciales brasileños influir sustancialmente sobre el diseño institucional del Mercosur.

Al examen comparativo indica que las dos proposiciones sugeridas al inicio de este trabajo, la realista y la funcionalista, tienen capacidad para explicar la conducta de los tribunales nacionales en un sistema de integración. Sin embargo, la síntesis que fusiona ambos enfoques parece ser la que genera más estímulos intelectuales y sugiere nuevos temas a nuestra agenda investigativa.

De la unión de estos dos enfoques surge como conclusión una crítica –tal vez muy severa, pero creo que fundada- del Mercosur y su relación con los tribunales nacionales. Es así que se sostiene que el proceso de competencia horizontal incentivado por el actual diseño institucional del Mercosur podría llevar a la encapsulación en estructuras y procesos institucionales subóptimos, es decir a la creación de mecanismos que no crean suficientes incentivos para acordar la generación de mínimas normas comunes y uniformes, las cuales son indispensables para que un sistema descentralizado de regulación de mercados funcione correctamente. En este sentido, debe señalarse que ni los políticos ni los jueces han hecho un gran esfuerzo para clarificar en forma conjunta la cuestión de las normas mínimas necesarias para definir los límites de las competencias comunes y nacionales. Por el contrario, algunas cortes supremas, particularmente el STF, han tenido mucho cuidado de salvaguardar suficiente espacio de maniobra sobre esta cuestión por medio de la adopción de tests judiciales muy maleables para definir los efectos de las normas internacionales en el orden interno. Básicamente, se concluye que, al momento, no hay señales de que las razones que determinaron la adopción por estos tribunales de tales posiciones respecto de los efectos en el order interno de normas internacionales haya variado, por lo tanto existe una limitada posibilidad de que ocurra un cambio legal sustancial en sus jurisprudencias, tal como la aceptación uniforme por todos los tribunales supremos nacionales del Mercosur del efecto directo y la supremacía de normas comunes esenciales. Finalmente, se sugiere que en el fenómeno de la competencia interinstitucional deberá hallarse importantes razones para entender las oposiciones nacionales a la creación de la corte común del Mercosur.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ensayos

Dignidad, venganza y democracia

Jaime Malamud Goti [**]

1. Introducción

Los juicios a personas sospechadas de violar derechos humanos son considerados comúnmente un paso esencial para afianzar la democracia en un país. Hay, efectivamente, razones para esperar que el castigo estatal sea un instrumento apropiado para generar las condiciones para un cambio político radical. Se piensa que la adjudicación de responsabilidad penal (y por supuesto moral) a quienes mataron y torturaron desde el estado, sirve para valorizar los derechos individuales y recrear la autoridad democrática.

La mayoría de los críticos de esta postura excusan la brutalidad de los dictadores basándose en «razones pragmáticas», en el escepticismo ético o en el temor de profundizar conflictos sociales. Estos críticos temen, por ejemplo, que la justicia retributiva haga imposible el consenso político necesario para imponer el respeto a los derechos individuales y afianzar una mínima igualdad ante la ley. La reciente experiencia argentina sugiere, sin embargo, que los juicios a violadores de derechos humanos pueden haber reforzado el mismo autoritarismo que estuvieron destinados a superar. En este artículo exploro cómo, más allá de la retórica del justo castigo, ciertas características estructurales de las comunidades post-dictatoriales transforman a los juicios de derechos humanos en represalias. Por esta razón, en lugar de «des-dictatorializar» y pacificar a la comunidad, estas iniciativas retributivas se transformaron en una fuente independiente de conflicto. Más aún, como lo enseña la historia argentina reciente, los juicios perpetuaron y alentaron la violencia política en lugar de promover instituciones y hábitos democráticos. La comunidad argentina encuentra al autoritarismo lo suficientemente familiar como para que resulte exitoso el intento de extirparlo en unos pocos años.

En este artículo me propongo poner en evidencia la falsa concepción de que, creados como lo fueron, los juicios y el castigo criminal promoverán el respeto por los derechos en sistemas políticos post-dictatoriales. De hecho, la justificación del castigo en este contexto está plagada de obstáculos aparentemente insuperables. En este trabajo examino esta idea; investigo también

---

[*] Las citas están originariamente redactadas en inglés. Por esta razón, la versión castellana proviene de traducciones de la primera.

[**] Abogado, UBA, Profesor de derecho penal, Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor de Filosofía, Universidad de Arkansas at Little Rock.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la razón por la cual los juicios de derechos humanos de 1985 no parecen haber consolidado las instituciones democráticas. El efecto bien puede ser el contrario: que estos juicios hayan contribuido a erosionar la ya débil autoridad de los jueces. Confirmo aquí también el hecho de que las prácticas autoritarias funcionan plenamente dentro de un sector de la comunidad argentina que aún hoy promueve, o al menos justifica, la violencia estatal. Exploro también la visible contradicción entre el apoyo popular a los juicios de violadores de derechos humanos por un lado, y, por el otro, la defensa de la misma brutalidad que estos violadores desplegaron. Defenderé la tesis para la cual esta contradicción es la consecuencia de la falta de autoridad política proveniente (aunque quizá no del todo) de un sistema terrorista. Sostengo que la verdadera naturaleza de la inculpación[1] post-dictatorial y del consiguiente castigo están contaminados por la práctica del terror estatal. Más aún, expongo como la práctica distorsionada de inculpar se transforma en una lente a través del cual observamos los juicios de derechos humanos en la Argentina. Finalmente, explico la manera en que ciertas prácticas de inculpar, formalizada por los juicios de derechos humanos, dieron pie a una práctica punitiva afín a la represalia en lugar de un «justo castigo».

2. ¿Por qué castigar a los criminales de estado? El tema de la dignidad y la democracia

El crimen, el castigo y los juicios penales se encuentran entre los tópicos centrales en la mayoría de las sociedades. (Los efectos del caso de O.J. Simpson y su cobertura por la televisión norteamericana bastan para advertir esta circunstancia). Cuando los procesados son miembros de un estado en el cual ha reinado la brutalidad, la cuestión del crimen y del castigo se vuelven una obsesión colectiva. En enero de 1994, meses antes de retornar a Haití, el presidente Jean Bertrand Aristide se vio literalmente rodeado por activistas de derechos humanos en Miami. Estos activistas, entre los que se encontraban las organizaciones más prominentes como Amnesty International, hicieron todo lo posible para comprometerlo a encausar a *attaches*[2] torturadores y asesinos *attaches*, a pesar de que Haití estaba entonces como hoy, enfrentando los más acuciantes problemas de nutrición, mortalidad infantil y educación del hemisferio. Más allá de las profundas emociones retributivas, la fuerza magnética de los juicios y de los castigos está vinculada a la creencia de que la justicia criminal juega un rol central en el proceso de decir la verdad sobre los hechos pasados. Este papel de escribir la historia criminal depende, por supuesto, de que la inculpación moral por las violaciones a los derechos humanos bajo una dictadura puedan ser válidamente asignados a un grupo claramente identificable. Fueron ya varios los Estados en los cuales la necesidad de juzgar y castigar a criminales de estado fue objeto de intensos debates. La creencia común en esta necesidad estuvo detrás de la presión popular e

1. Traduzco como «inculpación» o «culpar» la expresión inglesa «to blame». No conozco una mejor manera de traducir la última de mi libro *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, University of Oklahoma Press, 1996.

2. Descendientes de los Ton-ton-macoutes.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

internacional para castigar a criminales de estado en Uruguay, Chile, Argentina y ahora Ruanda. Esta confianza en la justicia criminal ha estado también detrás de las purgas administrativas, también retributivas, como la ley de *Lustration* checoslovaca cuya aplicación segregó de la función pública a todos los miembros del Partido Comunista.

Hay, efectivamente, poderosas razones para pensar que la justicia retributiva contribuye al establecimiento de una comunidad democrática basada en derechos individuales. Es posible que sea aún más importante advertir que académicos y políticos vinculan el castigo criminal con la consolidación de la autoridad de instituciones democráticas, principalmente la judicial. Esta consolidación es tanto la causa como la consecuencia de una aplicación de la ley mínimamente igualitaria. Es obvio que, en sistemas inestables, el juicio a los criminales de estado afirma el principio de que nadie está más allá de los alcances de la ley, y que los ciudadanos tienen derechos cuyo reconocimiento resulta esencial para que una democracia funcione efectivamente. Más importante aún: al adjudicar responsabilidades en forma igualitaria, el castigo criminal ocupa un papel todavía más amplio que la consolidación de las instituciones democráticas. Como la mayoría de los estudiosos y algunos políticos afirman, la condena penal de violadores cumple la función pedagógica de inculcar en los miembros de la comunidad el sentido de autorrespeto erradicado por las dictaduras. Este respeto por sí mismo es la base sobre la cual se asienta el respeto general por los derechos individuales.

Lo cierto es que no parece razonable esperar que los súbditos de las dictaduras recuperen espontáneamente respeto por sí mismos cuando han sufrido, o temido sufrir, la represión estatal. Este parece ser un argumento para propiciar el juicio y castigo de autores de la represión[3]. La transformación de individuos aterrorizados en ciudadanos respetuosos y responsables es un requisito para la fundación de instituciones democráticas. La existencia misma de tales instituciones depende, a su vez, del respeto a estas mismas instituciones. El argumento es muy fuerte: el primer efecto de los juicios de derechos humanos, significa el afianzamiento de autoridad de las instituciones democráticas, depende del segundo argumento: esto se logra cuando las instituciones logran inducir el respeto por los derechos y preferencias de otros individuos. En efecto, la protección de ese respeto por derechos y preferencias de otros es el objeto mismo de las instituciones democráticas. Sin embargo, quien -como yo- ha argumentado de esta forma, debe ahora sostener que las ventajas de las sanciones retributivas aparecen desplazadas total o parcialmente por las consecuencias negativas del proceso penal, como lo demuestra el caso argentino.

El terrorismo de estado corroe nuestro respeto por nosotros mismos y destruye la conciencia de nuestros derechos. Sentimos vergüenza cuando comprometemos nuestra solidaridad social[4] y sentimos culpa por abandonar

---

3. Amartya Sen, por ejemplo, señala que los individuos subyugados abandonan la fe en los derechos propios y ajenos para acomodarse a la obtención de «pequeños favores» a cambio de su sumisión. Amartya Sen, *On Ethics and Economy*, página 45, 1990.

4. Por «vergüenza» me refiero aquí al sentimiento que surge de la ausencia de una acción autónoma. La vergüenza yace, por eso, en algo más amplio que simplemente optar por cursos de acción equivocados, ver Bernard Williams, *Shame and Necessity*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, Oxford, 1993, capítulo 4.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nuestras lealtades. Nuestra desvalorización, nuestra culpa y nuestra vergüenza requieren de un «remedio político» para dignificarnos ante nuestros propios ojos[5]. El castigo de los violadores de nuestros derechos constituye la forma más clara y contundente con que una institución dotada de autoridad puede pronunciarse al respecto. La sentencia condenatoria no responde solamente a nuestras emociones retributivas, satisface también nuestro anhelo por saber que fuimos tratados injustamente y que tenemos razón. Los individuos necesitan conocer y reconocer sus derechos no sólo para actuar sobre la base de estos derechos, sino también para respetar los derechos de los otros. Como una declaración dotada de autoridad, la condena penal debe desempeñar este papel[6]. Para que esto sea posible, sin embargo, es necesario una concepción del castigo basada en la víctima, en lugar de estar -como lo ha estado tradicionalmente- centrada en el violador. Las teorías de la disuasión y el retribucionismo puro o tradicional (RT) son, en su versión más ortodoxa, teorías sobre el autor y su culpa. Paso a explicar este punto; pero antes una aclaración: la opción de celebrar juicios de derechos humanos es normalmente compleja. Para bien y para mal se trata, por lo general, de un instante de grandes cambios políticos. El gobierno de transición se ve en la encrucijada de decidir entre derogar un cúmulo de leyes o, más concretamente, qué hacer respecto de autoamnistías o de pactos y compromisos de inmunidad criminal. Estas situaciones de grandes cambios y de opciones cruciales obliga a reexaminar las razones para imponer castigos, pues se trata de sentar las bases para el funcionamiento de una nueva comunidad. Los juicios de derechos humanos no son sólo nuevas experiencias procesales y punitivas para cuya justificación basta aplicar dogmáticamente criterios existentes. En los apartados que siguen me ocuparé de problemas específicos de esta justificación.

LA PREVENCIÓN GENERAL (INTIMIDACIÓN PENAL O UTILITARISMO CLÁSICO) Y LOS JUICIOS

Los utilitaristas tradicionales creen en el efecto disuasivo del castigo; pero hallarán que la condena de criminales de estado no confirma su tesis. Tomemos, para simplificar, el caso típico de las dictaduras militares como lo fue el caso argentino. El castigo penal puede disuadir a ciertos oficiales de alta jerarquía de ejecutar un nuevo golpe para implantar otra dictadura o exacerbar métodos terroristas dentro de un esquema formalmente democrático. Ser expuestos como criminales frente a la comunidad nacional y el mundo exterior es una amarga experiencia como lo han descubierto algunos dictadores latinoamericanos. A mediados de los 80, después de las condenas de los tribunales, no muchos militares hubiesen querido estar en los zapatos de los comandantes argentinos.

Pero, en el mejor de los casos, las consecuencias disuasivas del castigo, tal y como la defienden los utilitaristas tradicionales, son aplicables solamente

5. Lawrence Wechsler se refiere específicamente a este efecto del terror, ver *A Miracle; A Universe: Settling Accounts with Torturers*, página 241, 1990.

6. A pesar de estar estrechamente vinculada al poder, el castigo penal refleja también una medida de autoridad que permite distinguirlo de otras formas de coerción. Ver, Richard Flathman, *The Practice od Political Authority: Authority and the Authoritative*, página 157, 1980.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a los oficiales de máximo rango. Es claro que, cuanto más alto sea el rango, más débiles serán los lazos de camaradería y solidaridad que vinculan a un oficial con sus pares. También es claro que, cuanto más alto sea el rango, menor será la presión para matar y torturar. El efecto disuasivo de la pena se ve así sensiblemente atenuado cuando uno desciende en la pirámide jerárquica. Pero aún hay reparos al razonamiento utilitarista en el caso de los generales. Hay que agregar respecto de éstos que cuando les sea posible asegurarse de una continuidad económica y política, como es el caso en Chile, la responsabilidad penal puede ser una valla en contra de la transición democrática plena.

El tiempo juega y gradúa la intensidad de nuestros incentivos para actuar y, para la mayoría de los oficiales, el temor a una condena remota en el tiempo se verá neutralizada por los beneficios inmediatos de violar los derechos de ciertos individuos: me refiero al respeto y respaldo de compañeros y superiores. Parece evidente que, en la Argentina, la perspectiva de una posible condena fue en gran medida contrabalanceada por los beneficios y premios provenientes de los círculos próximos al autor. Sólo unos pocos oficiales retuvieron durante la dictadura aquellas convicciones morales que los comprometían a censurar prácticas terroristas[7].

En el caso de los militares argentinos, los juicios no habrían tenido un gran efecto disuasivo frente a oficiales fanatizados. Aquéllos oficiales que, por imperativo de conciencia, se negaron a participar en la violencia extrema, tuvieron que soportar acusaciones de sus compañeros de ser complacientes, cobardes, o ambas cosas. Los oficiales que defendieron el ideal democrático debieron enfrentar una gran hostilidad[8]. Una fuerte lealtad corporativa debilita la fuerza intimidatoria de futuras condenas penales a medida que uno desciende en la pirámide jerárquica militar. Una causa adicional de esta debilidad es la inestabilidad institucional. Los oficiales jóvenes especularon con que, en el peor de los casos, sus superiores habrían de retener suficiente poder para asegurarles amnistías y perdones. La plausibilidad de esta creencia puede ser contemplada a la luz de los cuatro motines ocurridos en la Argentina desde el retorno del régimen constitucional. Estos motines fueron realizados en contra de los generales y en apoyo de oficiales que la justicia civil se atrevió a procesar merced a la percibida permisividad del generalato. Al haber aceptado los juicios

---

7. Aun el efecto disuasivo, «hacia el futuro» de los procesamientos y de las condenas de oficiales en la cúspide de la pirámide jerárquica, puede estar limitado por razones circunstanciales. Está en claro que, después de comenzar los juicios contra los militares argentinos, sus colegas chilenos y uruguayos se mostraron particularmente remisos en llamar a elecciones y, cuando lo hicieron, tomaron las precauciones necesarias para obtener inmunidad de los políticos.

8. El grupo más conocido fue el CEMIDA, una muy pequeña agrupación de oficiales democráticos, en su mayor parte retirados. Además de democráticos, los oficiales del CEMIDA no son el modelo corriente del militar. Uno de los oficiales más prominentes, el Coronel Augusto Rattembach, por ejemplo, es músico y compositor. Estos oficiales admiten, sin embargo, que de su conducta podría muy bien haber sido diferente de haber estado en servicio activo, pues el miedo a la soledad pudo pesar más (entrevista con oficiales del CEMIDA, Buenos Aires, julio de 1992). Considerados desleales por muchos de sus camaradas, algunos de estos oficiales sufrieron sanciones disciplinarias serias por criticar la «guerra sucia» aun después de haberse hecho cargo el gobierno electo. El General Carlos Domínguez, por ejemplo, fue forzado a retirarse simplemente por afirmar que «la ley y el derecho no se imponen mediante el sistemático quebrantamiento del orden legal". Ver James Neilson, *El fin de la quimera: Auge y ocaso de la Argentina populista*, Emecé, Buenos Aires, 1991, página 241.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ante tribunales civiles, para esta opinión, los generales traicionaron la confianza de sus subordinados[9] . El utilitarismo tradicional no puede proveer un argumento satisfactorio para estos casos.

LOS JUICIOS Y LOS RETRIBUCIONISTAS

Los «retribucionistas tradicionales», RT, no son más convincentes que los partidarios de la disuasión. Los RT pueden considerar las consecuencias de las condenas, pero -si son coherentes- deben ignorar estas consecuencias a la hora de justificar los procesos y las penas. El mensaje al transgresor es: «Esto es tan malo como lo que has hecho»[10]. Los RT toman sólo en cuenta el daño causado y la culpabilidad del autor. Consideran estos factores como límites morales para la forma de tratar a otras personas. Estos límites son particularmente rigurosos cuando se trata de utilizar a unos para promover los intereses de otros. El RT constituye, para la sociedad, una barrera infranqueable respecto del uso de la pena como instrumento social para la protección de terceros frente a posibles hechos similares. El castigo es un acto de justicia que los miembros de la comunidad deben moralmente imponer. Así, para un RT, el deber de castigar abarca a todos los que participaron en una transgresión a la ley penal. Esta obligación subsiste aún frente a la amenaza cierta de que una revuelta militar dará por tierra con la democracia.

En este escenario, se trata al individuo de acuerdo con una serie de condiciones establecidas en la ley penal, y todos aquéllos que satisfagan estas condiciones deben sufrir una pena. Para los RT coherentes, el castigo debe ser impuesto a todos los que ordenaron, perpetraron o contribuyeron en la ejecución de una violación y a quienes ocultaron la violación; y también a todos los que protegieron a los agentes u omitieron denunciar los hechos. De acuerdo con esta versión, algunas entidades de derechos humanos como las Madres de Plaza de Mayo reclamaron el castigo de un gran número de autores y partícipes de transgresiones a derechos humanos[11] . Las Madres dirigieron así su acusación contra religiosos, profesionales y funcionarios civiles y militares que de algún modo instigaron a estos últimos a torturar y asesinar. A pesar de que la retórica de las Madres contiene referencias a algunas consecuencias del castigo, estas no señalan efectos causales, sino más bien, consecuencias morales evaluativas (o analíticas.) Al exigir la «devolución con vida» de sus hijos y el castigo de «todos los culpables», las Madres reclamaron una «mínima justicia» para una comunidad moral. En efecto, afirmaron, y afirman aún, que mientras esta mínima justicia no sea llevada a cabo, no podrán aceptar que sus hijos hayan sido asesinados. Si así no fuese, hay que inferir que al aceptar en su seno a violadores de derechos básicos, esta sociedad queda descalificada como una comunidad con justicia. Para decirlo en términos kantianos, la sociedad carga con toda la culpa.

La consecuencia de una posición como la de las Madres es que al castigo de casi todos los militares, hay que agregarle las penas a policías,

9. Esta fue la opinión unánime que recibí al entrevistar a 24 oficiales del ejército entre 1991 y 1992 en dos viajes que hice a la Argentina.

10. Robert Nozick, *Philosophical explanations*, página 370, 1981

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

guardia-cárceles, religiosos, financistas, industriales, estancieros y granjeros que instigaron al ejército a la violencia extrema o facilitaron esta violencia de alguna forma. Sería ésta una cifra sideral si se recuerda que la escalada de violencia estatal comenzó ya en 1974 bajo el gobierno de Isabel Perón. Si son coherentes, los RT deberán conducir a la sociedad a juzgarse criminalmente a sí misma.

Los RT tienen un fuerte atractivo democrático porque ellos representan la igualdad (al menos formal) ante la ley penal, y erigen una valla a la coerción estatal. Característica central de un sistema limitador es la generalización: los agentes culpables deben ser castigados aún en el caso en que, como lo postulara Kant, los cielos se derrumben. Pero hay, además de esta primera objeción política o pragmática, una de orden lógico: al ignorar los efectos de la sanción penal, un RT debe creer dogmáticamente en el valor intrínseco de las normas positivas que definen y castigan ciertos actos. Si bien el castigo justo depende lógicamente de la justicia de las reglas que lo definen, un RT no puede discriminar entre reglas justas e injustas: les está vedado reparar en las consecuencias de la aplicación de estas reglas como la razón de su existencia. No tiene sentido seleccionar ciertos hechos para definirlos como criminales, sin considerar las consecuencias de estos hechos y el efecto esperado de hacer criminalmente responsable a quienes los ejecutan[12]. Pero a pesar de sus deficiencias como una institución política, el RT tiene aspectos atractivos.

VENGANZA, CASTIGO Y EL RETRIBUCIONISMO CENTRADO EN LA VÍCTIMA (RF)

No he intentado fundamentar una tesis que le niegue la razón a utilitaristas y RT. Los utilitaristas tienen razón en esperar que las condenas criminales tengan, en alguna medida, efectos disuasivos. Pero estos efectos son, como he explicado, modestos en el mejor de los casos, ya que sólo se aplican a los oficiales de rango más alto. Los retribucionistas (RT) ofrecen a su vez un argumento seductor: no puede castigarse a aquellas personas que no sean halladas (moralmente) culpables de cometer hechos penalmente ilícitos. Los que no son culpables deben de este modo, ser absueltos cualquiera sea la intensidad del clamor popular por el castigo[13]. Este aspecto negativo del

11. Ver *Game Without End*, *supra* nota 1. Fisher, Jo, *Mothers of the Disappeared*, Zed Press Ltd., London and South End Press, Boston, 1989.

12. Braithwaite, John & Petitt, Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, 1990, página 29. De una manera similar, los retribucionistas no pueden responder a la pregunta de «¿por qué castigar?» Basados en la irrelevancia de las consecuencias, Hart y Rawls han adoptado estrategias interesantes para plantear la cuestión. (1) Conforme a H.L.A. Hart, el castigo no puede basarse en consideraciones de utilidad social (H.L.A. Hart, "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en *Punishment and Responsability: Essays in Philosophy Law*, página 1, 1968. Tomar en consideración las ventajas de las condenas significaría hacer depender la justificación de éstas de sus consecuencias traicionando así el dogma retribucionista de la irrelevancia de las consecuencias. «Para juzgar su corrección, todas las teorías éticas que merecen nuestra atención toman en consideración las consecuencias. Una que no lo hiciese sería irracional, demencial», John Rawls, *A Theory of Justice*, página 30, 1971. (2) No es evidente que la infracción que asociamos con una pena exija que hagamos sufrir al agente. Si no existen consecuencias de ese sufrimiento que puedan considerarse deseables, podríamos bien preferir no castigar y, para ser justos con todos los ciudadanos, otorgar premios a unos e imponer cargas a otros.

13. Ver John Mackie, "Morality and Retributive Emotions", en 1 Crim. Just., *Ethics*, 3, páginas 1-4, 1982.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

retribucionismo es modesto; se refiere exclusivamente a las limitaciones del castigo penal legítimo. No ofrece, en cambio, una justificación (positiva) para juicios y castigos criminales. Parece claro, entonces, que ninguna de las tesis tradicionales de utilitaristas y RT puede en realidad justificar el castigo de criminales de estado.

A lo mejor, y en línea con la especificidad del fenómeno, los juicios de derechos humanos podrían requerir una justificación *ad hoc,* como lo es la tesis para la cual el castigo «pacifica» a la comunidad. Si no se castiga a torturadores y asesinos piensa Carlos Nino[14] la gente que sufrió acudirá a la venganza. Como las víctimas directas e indirectas son muchas, se corre el riesgo de lanzar a la sociedad a ese estado de naturaleza de Thomas Hobbes donde la vida humana es «fea, brutal y corta»[15]. Pero, al menos en el caso argentino, esta presunción carece de fundamentos: ni un sólo miembro de la comunidad derechos humanos reveló el propósito serio de ejercer la violencia por su cuenta. La experiencia uruguaya y la chilena parecen apuntar en idéntico sentido. En efecto, la posibilidad de esta clase de venganza, como el ejercicio directo de la violencia, no parece haberse despertado todavía en la mente de víctimas directas e indirectas de la represión. A pesar de los escasos logros de las administraciones civiles más recientes, hubo sólo atisbos de agredir mínimamente a militares sospechados de infringir seriamente derechos individuales. Me refiero a insultos verbales o agresiones físicas menores, que difícilmente calificaría de venganza. A pesar del fracaso de las tesis tradicionales y de las *ad hoc,* queda aún la sensación de que algo drástico hay que hacer por aquéllos que han sufrido actos de máxima violencia.

He sostenido hasta aquí que, conforme a las ideas corrientes entre políticos, filósofos y activistas de derechos humanos, el castigo debe desempeñar un papel importante en la construcción de una democracia basada en derechos individuales. He sugerido también que es esencial considerar la dignidad de las víctimas de crímenes de estado para cumplir con la primera de las metas. Desde este punto de vista, las tesis tradicionales de la disuasión (prevención general) y el RT como teorías «centradas en el autor» son intrínsecamente inapropiadas. La experiencia ha descartado también la idea de evitar la venganza privada. Al no haber sido sistemáticamente articulada, esta última no requiere por ahora una respuesta teórica. Más allá de la experiencia, hay razones teóricas para sostener que los parientes y amigos de los desaparecidos podrían descartar la idea de vengarse. Lo que estas víctimas indirectas del terror podrían reclamar es una «autoridad», un árbitro creíble, que ofreciera una versión imparcial diciendo quienes causaron realmente el sufrimiento[16]. Propongo, entonces, una justificación de juicios y castigos criminales «basada en la víctima», en las emociones moralmente relevantes del que sufre, como una razón independiente para justificar la condena de violadores de derechos humanos.

---

14. Nino, Carlos S., *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Heaven, 1996.

15. La vida en este estado de guerra de todos contra todos es fea, brutal y corta. (*«nasty, brutish and short», Leviathan*).

16. Desde una perspectiva psicológica, Sharon Lamb sostiene este principio. Ver Lamb, *The Trouble with Blame: Victims, Perpetrators and Responsibility*, Harvard University Press, 1996, capitulo 2.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El alivio de las víctimas no es esencial para una justificación basada en la disuasión. Al conferirle importancia central a la intimidación de delincuentes potenciales, los utilitaristas tienen pocos reparos en ignorar a los que fueran degradados por agentes que actúan desde el estado. El cálculo de los utilitaristas ha dejado de lado el sufrimiento de la víctima, cuyo alivio queda fuera de la cuestión[17] . Los RT invitan a una crítica análoga. Al ignorar todas las consecuencias del castigo, los que proponen esta forma de justificación contemplan sólo la situación del autor, afrontando las consecuencias de sus actos.

Hay, sin embargo, otra posible versión, menos popular, del retribucionismo. De acuerdo con ella, el castigo debe dirigirse a reparar el daño emocional que la violación ha causado. No me refiero a emociones vindictivas, sino a otros sentimientos vinculados con la dignidad de las víctimas, como la pérdida de autoestima y de propósitos. Como acabo de explicar, al renunciar a ciertos ideales y compromisos, quienes sufrieron la brutalidad estatal de forma directa o indirecta experimentan vergüenza y la pérdida de respeto y estima por sí mismos. Los retribucionistas orientados a ciertos fines, los RF atribuirán a la pena la función de reconstruir esta confianza perdida. Lo que distingue esta finalidad de la tesis utilitaria y otras doctrinas consecuencialistas es que la primera no se apoya en relaciones propiamente causales, sino en consideraciones evaluativas. La relación con ciertas consecuencias es lógica o analítica. La reducción de la culpa y la vergüenza de los sobrevivientes de la tortura, por ejemplo, no es una consecuencia «externa» a la condena criminal. Es un aspecto intrínseco de la idea de condena.

Existe una gran diferencia práctica entre los RT y los RF. Los primeros se ven compelidos a imponer un castigo cuando se dan los presupuestos de un hecho punible; esta generalidad no es aplicable a los últimos. Al perseguir el alivio de la víctima, los RF deberán renunciar al castigo o contentarse con la mera condena del autor o de su hecho. Si ellos creen que el sufrimiento del autor no hará nada para restaurar el respeto de la víctima por sí misma, o que no disuadirá a delincuentes potenciales porque ciertos cabecillas ya han sido castigados, los RF pueden prescindir de castigar a otros miembros de la organización criminal. Existe bastante espacio para ejercer la discreción.

A pesar de su mayor plausibilidad, la tesis RF no pretende excluir a las teorías que he descripto con anterioridad. Con otras palabras, la consideración a la dignidad de la víctima no persigue desplazar otras razones generales para castigar. En algunos casos se podrá castigar a un transgresor sin perjuicio de la futilidad de imponer un castigo si, por ejemplo, el caso se presta claramente a disuadir a transgresores potenciales. A diferencia de la ejecución de prisioneros durante el último régimen militar en la Argentina, en que los ejecutores contaron

17. Los utilitaristas pueden adoptar el punto de vista según el cual la disuasión y la reforma del delincuente son sólo aspectos a considerar en la persecución de la utilidad general. Una concepción utilitarista amplia podría considerar el bienestar de las víctimas directas e indirectas del delito y la ventaja consiguiente de satisfacer emociones retributivas como un valor a perseguir. Pero amén de inusual, esta perspectiva sólo podría tener algún atractivo cuando, como en el caso que tratamos, las víctimas (directas e indirectas) son miles de miles (considerando a quienes padecieron el terror en general). La debilidad de esta aproximación nace de su propia limitación cuando las víctimas son unas pocas, de modo que el interés preponderante de la comunidad es propender a la felicidad de los autores de los delitos: no castigar.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

con el apoyo de sus camaradas, el saqueo de las víctimas despertó una considerable desaprobación entre los mismos cuadros militares. Al contemplar a los agentes de los robos como «delincuentes comunes»[18] el castigo bien puede lograr un efecto disuasivo. La ausencia de apoyo de los camaradas realza, a su vez, el papel disuasivo de las condenas penales. Una tesis RF es, *prima facie*, el medio más idóneo para democratizar la sociedad, pero esta teoría RF no está limitada a las sociedades post-dictatoriales. Puede también ser aplicada para mejorar el *status* de los derechos individuales en democracias ya instaladas. Desde que el enfoque parte de la idea del transgresor avergonzando con su hecho a la víctima, la tesis puede servir al propósito de justificar el castigo en el caso de delitos humillantes, como el chantaje y la extorsión.

¿CONTRIBUYERON LOS JUICIOS A AFIANZAR LA DEMOCRACIA ARGENTINA?

No puede darse, obviamente, una respuesta certera a la pregunta que encabeza esta sección, aunque hay indicios claros de que los juicios de 1985 no enseñaron a la ciudadanía el valor del individuo y de sus derechos. Podría pensarse, antes que nada, que el fracaso se debe al significado disuasivo o retributivo asignado a las condenas por la población en general. No creo, con todo, que el fracaso se derive de la preferencia general por el sentido de la pena. Es más, pienso que hay objeciones serias también en contra de la justificación RF, tal y como la he defendido hasta aquí. El problema surge de los límites mismos de la pena criminal.

Atribuirle autoridad a las sentencias significa creer que estas «dicen la verdad». Que además de satisfacer emociones retributivas, toda condena contiene un momento cognoscitivo en el que nos dicta «la verdad histórica» de lo ocurrido. De este modo, la autoridad de estas sentencias, la creencia en sus versiones, depende de que una porción de la población suficientemente grande crea que los jueces están comprometidos en proteger los derechos de las personas, incluyendo, por supuesto, los del reo. Las condenas podrán contribuir a restaurar la dignidad de las víctimas si, además de satisfacer sus ansias de retribución, permiten presumir que los tribunales aplican imparcialmente los principios de la responsabilidad penal. En efecto, no se puede esperar ningún sentido de respeto por nosotros mismos sin satisfacer cierta noción de prudencia e imparcialidad.

La estrategia de juzgar a criminales de estado tiene flaquezas inevitables. Primero, la experiencia muestra la dificultad que presenta la selección de quienes habrán de ser juzgados. Establecer quienes son los moralmente responsables de la infracción de derechos humanos en una sociedad aterrorizada genera un inevitable ingrediente de artificialidad. Al centrar la culpa en un limitado sector de la población, los juicios de derechos humanos reinventan la historia. De esta manera, el significado de la «verdad» resultante, frecuentemente percibida como facciosa, es objeto de disputas insanjables. La insatisfacción general por los juicios de 1985 provino no solamente de los reos y sus defensores. Esta insatisfacción se originó también entre los militantes y defensores de

18. Un ejemplo de esta opinión fue la del líder militar, Coronel Mohamed Alí Seineldín (entrevista mantenida en la prisión militar de Magdalena, Buenos Aires, Argentina, julio de 1992).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derechos humanos, como es el caso de las Madres de Plaza de Mayo y de organizaciones internacionales como *Amnesty.* Mientras los primeros afirmaron que los reos eran chivos expiatorios, los últimos se quejaron de haber demasiado pocos acusados y penas demasiado leves. Lo que tienen en común ambas opiniones es la idea de que los juicios fueron «juicios políticos» por ser las sentencias demasiado benignas para unos y «vengativas» para otros. Ninguno de estos grupos vio en las condenas auténticos actos de «justicia». En efecto, en lugar de impartir justicia con decisiones más o menos aceptables, los tribunales fueron -y son aún- sospechados de adaptarse a las conveniencias políticas, tal y como fueran concebidas por el poder ejecutivo. De esta manera, en lugar de reforzar la escasa autoridad de los jueces, los juicios tuvieron el efecto contrario. En vez de ofrecer una «verdad» común que permitiese reconstruir una sociedad fragmentada por distintas versiones históricas, los tribunales generaron un clima aún más polarizante. La idea que unió a pro-acusados y pro-acusadores fue que los juicios eran una auténtica estratagema para crear consenso a costa de negociar principios demasiado importantes. Para una concepción RT, las Madres supusieron que, para los jueces, la dignidad no era un elemento central en una sociedad democrática. Quienes justificaban a los militares, en cambio, se aferraron a la idea de que no puede justificarse condenar a un inocente. Lo que ambas facciones compartieron es la idea de que los tribunales no se habían pronunciado conforme a su misión de perseguir la «justicia»[19]. Los jueces desempeñaron un rol político de la forma más pedestre. Estas interpretaciones provocaron aún más fragmentación, la que se puso de manifiesto a través de toda clase de manifestaciones de rebeldía militar. Sostengo que, en una gran medida, el significado de los juicios fue acuñado por una forma especial de inculpar.

Para algunos, los juicios fueron una forma de «justicia» negociada; para otros, ellos instrumentaron una forma artificial de inculpar. Así las cosas, las sentencias aumentaron el antagonismo ya existente entre facciones sociales. El factor más sorprendente de esta fragmentación de la opinión pública es que casi nadie, incluyendo a abogados y funcionarios públicos, acomodó su opinión a la sentencia que, en diciembre de 1985, condenó a cinco comandantes militares y absolvió a otros cuatro. Ni siquiera la decisión de la Corte Suprema misma, dictada un año después, fue relevante para modificar versiones individuales de la historia política argentina. La indiferencia de los ciudadanos frente a las decisiones judiciales demuestra que, en la Argentina, estas decisiones carecen de autoridad para establecer la «verdad» de los hechos relevantes y la significación de estos hechos. Así, las controversias sobre lo que debió hacerse con relación al estado terrorista, siguen en plena vigencia sin la expectativa de que algún árbitro pueda resolverla. La esperanza de que la historia concite la concordancia es un mal consuelo para quienes piensan que esta concordancia es necesaria aquí y ahora para evitar nuevas transgresiones.

---

19. Ver por ejemplo Jorge Grecco y Gustavo González, *Argentina: el ejercito que tenemos*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990, página 140. A pesar de la ausencia de soporte empírico para defender esta opinión, el libro, ganador del primer premio para «Ensayos e Investigaciones Periodísticas», sostiene que se persiguió a militares por el sólo hecho de ser miembros de las fuerzas armadas.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA ARGENTINA POST-JUICIOS

Como en la mayoría de las dictaduras, la mente autoritaria en la Argentina de los '70 creó un mundo político tajantemente dividido entre aliados y enemigos. Al definir su meta como la de derrotar la «subversión», vaga expresión por cierto, los militares dieron el primer paso en el desarrollo y aplicación de una lógica bipolar. Extrapolada de las guerras de Indochina y Argelia[20], la noción de «subversión» en la Argentina abarcó también un sector bastante grande de la población. La así llamada «guerra sucia» fue una guerra contra un vasto sector social y llegó a abarcar a aquéllos que simplemente intentaron colocarse al margen del conflicto. La cruzada de los militares y sus aliados persiguió la erradicación y neutralización de quienes simplemente no favorecían la causa de la cruzada o de sus métodos terroristas[21]. Al adoptar el régimen una visión apocalíptica de la «subversión», eliminó la posibilidad lógica de mantenerse neutral: la «guerra» abarcó hasta a los ignorantes y los indiferentes, como candidatos potenciales del «marxismo internacional».

La tenue línea entre autoritarismo y totalitarismo se desvanece cuando en el mundo existe una gigantesca conspiración que amenaza con fagocitar a los ignorantes, los indiferentes y los negligentes. El proceso de igualar la franca oposición contra la cruzada anti-subversiva a la ignorancia y el escepticismo, hizo desaparecer rápidamente a la neutralidad entre la ultraderecha y la insurgencia. Nadie mejor que el general Ibérico Saint-Jean para reflejar la dimensión del enemigo: el general afirmó que había que matar, amen de los insurgentes, a «(...) los que colaboran con ellos, luego a los indiferentes y, finalmente, a los tímidos»[22]. Al margen de disminuir considerablemente la violencia extrema que, en los '70 acompañaba a esta fraseología, permanece aún hoy la misma disposición que puso en marcha a la brutalidad.

En efecto, la violencia continúa siendo en la Argentina de los '90 un atractivo para una gran parte de la ciudadanía. Este atractivo comprende a muchos de quienes se manifestaron abiertamente partidarios de juzgar y condenar a militares por la violación de derechos humanos. Esto se hace evidente en la reacción de figuras públicas frente a desafíos políticos de la oposición. El éxito obtenido por políticos con soluciones autoritarias y la aceptación de la violencia policial han hecho patente esta misma disposición.

Entrados los '90, la retórica oficial resuena aún con frases dictatoriales. En julio de 1992, por ejemplo, el presidente Carlos Menem afirmó que aquéllos estudiantes que protestaron públicamente contra la política educativa podrían correr «la suerte de los desaparecidos de la dictadura militar»[23]. De similar manera, en 1994 Menem acusó a periodistas que cubrieron la noticia de un

---

20. Sobre el origen de esta expresión, Jaime Malamud Goti, *op. cit.*, 1996, University of Oklahoma Press, capítulo 3.

21. Ver Paul Lewis, "The Right and Military, 1955-1983", en *The Argentine Right: Its History and Intellectual Origins, 1910 to the Present*, compilada por Sandra McGee y Ronald H. Dolkart, A Scholarly Resources Inc. Imprint, Wilmington Delaware, 1993, páginas 147-180.

22. Ver Carlos H. Acuña and Catalina Smulovitz, *Ni Olvido ni Perdón: Derechos humanos y tensiones cívico militares en la transición argentina*, (documento presentado al XVI International Congress of Latin American Studies Association, Washington DC, 4-6 de abril, 1991), Buenos Aires, CEDES, 1991.

23. Ver periódico de Buenos Aires, *Buenos Aires Herald* del 10 de julio de 1992.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conscripto muerto a causa de un ejercicio militar abusivo, de «promover la lucha de clases» y de provocar la «división entre las fuerzas armadas»[24]. Con la misma oratoria de sus predecesores militares, Menem agregó que esos sectores que ahora promueven la investigación del caso del conscripto habrían permanecido silenciosos frente a la violencia de la extrema izquierda[25]. Armada con el lenguaje extremadamente autoritario de sus colaboradores, la fraseología escogida por el presidente no es de por sí incompatible con una democracia efectiva. Lo que sí parece irreconciliable con el disenso democrático fue la deserción atemorizada de la mayoría de los protagonistas de las protestas. Inmediatamente después de la denuncia del presidente, las demostraciones «subversivas» se redujeron a menos de un tercio. Los periodistas optaron también por abandonar por un tiempo la información sobre asuntos ocurridos en los cuarteles.

El 14 de agosto de 1993 la violencia tolerada para-estatal resurgió en la vida pública argentina. Al inaugurar el presidente Menem la feria de la Asociación Rural, una banda organizada asaltó a un grupo de espectadores que lo abucheaba por el modelo económico de su administración. Sufrieron también ataques los periodistas que cubrían el evento y algunos de ellos presenciaron impotentes como matones estrellaban sus cámaras contra el piso. Un recordatorio de las tácticas de la «guerra sucia» del período militar, el área donde se encontraba el presidente se había transformado en «zona libre» donde los matones gozaban de la misma impunidad que los «grupos de tareas» operando en los '70 contra la llamada «subversión». Ningún agresor fue detenido a pesar de que, cabe suponer, había más que suficiente personal policial en el lugar[26]. Probablemente por el estilo empleado, algunos investigadores llegaron a suponer que, entre los agresores habrían habido civiles que acompañaron a los militares a secuestrar y asesinar. Como colofón, dos periodistas que investigaban el episodio fueron también objeto de ataques intimidatorios. Uno de ellos sufrió lesiones graves y el otro heridas deformantes en el rostro. Lo más grave de este episodio fue que ni Menem ni Eduardo Duhalde, entonces vicepresidente, mostraron la más mínima preocupación. Estos se limitaron a atribuir la violencia a las «pasiones políticas que, como el tiempo frío, pronto desaparecen»[27]. Pero no fueron sólo el presidente y su segundo quienes se mantuvieron impertérritos. Testigo presencial del hecho, Alberto Brito Lima, ex-embajador argentino en Honduras, afirmó que la conducta de los atacantes era «la reacción lógica frente a los injustos informes de la prensa»[28]. Hay quienes afirman que Brito Lima estuvo entre los civiles que masacraron a peronistas de izquierda al regreso de Juan Perón a la Argentina en 1973[29]. De esta manera, la aseveración de Brito de que «algo habrán hecho (las víctimas) para provocar la paliza» no

24. Ver periódico de Buenos Aires, *Clarín*, 30 de abril de 1994, página 10.

25. *Idem*.

26. Periódicos de Buenos Aires: *Página 12*, 14 y 15 de agosto de 1993; *La Nación*, 19 de agosto de 1993, página 7.

27. Ver James Neilson, "La lucha es cruel", revista *Noticias*, Buenos Aires, 12 de Septiembre de 1993, página 76.

28. *Página 12*, 18 de agosto de 1993, página 2.

29. Ver Eugenio Méndez, *Confesiones de un montonero: La otra cara de la historia*, Sudamericana-Planeta, Buenos Aires, 3a edición, 1986, página 81.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

debe tomar a nadie por sorpresa. Brito Lima no fue el único en pensar de esta manera; el secretario de agricultura, Felipe Solá, por ejemplo, alegó que las lesiones fueron «causadas por quienes querían insultar al presidente»[30].

Además de las «zonas liberadas» como la Exposición Rural y de ciertos modos peculiares de inculpar a la víctima, hay otras manifestaciones pro-dictatoriales frente a la violencia. La primera es el éxito electoral de militares que desempeñaron roles claves durante el apogeo del terrorismo de estado; la segunda, la tolerancia frente al uso de la tortura. Tomemos el caso del éxito electoral del General Domingo Bussi y del Coronel Ruiz Palacios. En su condición de delegado del gobierno militar en la provincia de Tucumán durante el régimen de 1976-1983, el primero es sospechado de ser el oficial responsable de ejecutar sumariamente a prisioneros en ese período[31]. El afecto de Bussi por los métodos políticos violentos no se agota aquí. El general ha sido acusado repetidamente de haber extorsionado a industriales y comerciantes para hacerse de recursos financieros. A pesar de estos métodos (o quizá gracias a ellos) Bussi triunfó en su campaña electoral, siendo elegido gobernador de Tucumán en la última elección. Un fenómeno similar es el del Coronel David Ruiz Palacios quien, durante el último gobierno militar, tuvo a su cargo la Policía Federal. Ruiz se postuló como candidato a gobernador en la provincia del Chaco y, en las últimas elecciones, las encuestas lo consideraron ganador. Cuando razones formales impidieron su eventual designación, el coronel designó a dedo a su sustituto quien triunfó con la mayor facilidad[32].

En la década de los '90, una porción significativa de la población acepta el uso de la tortura. Esta aceptación es alarmante porque exhibe una clara contradicción. Numerosos patrocinantes de los juicios a militares por torturas y asesinatos aceptan ahora los mismos métodos con el pretexto de proteger» a ciudadanos decentes de la criminalidad callejera». No hace mucho, la población presenció una numerosa manifestación en contra del encausamiento del oficial de policía Luis Patti. Patti debía enfrentar la acusación de torturar cruelmente a ciertos presos sometidos entonces a investigación[33]. En señal de apoyo al policía los peritos médicos declararon en favor de Patti, alegando que éste podía bien ser la víctima de una celada. Los detenidos supuestamente torturados -alegaron los peritos- bien pudieron lesionarse para incriminar al oficial. Más aún, los sospechosos pudieron, para comprometer a Patti, «hasta aplicarse descargas de electricidad». Un periódico de Buenos Aires afirma que la opinión pública en el país está dividida entre quienes consideraban a Patti un torturador y quienes ven en él a un protector de la seguridad[34]. En los distritos en que prestara servicios, la actuación violenta de Patti le valió la bendición de un sector social considerable. Transformado en figura pública, Patti fue el centro de eventos sociales, incluyendo un programa de televisión donde bailó el tango frente a millones de espectadores. Patti declaró entonces que «no

30. Noticias televisadas el 16 de agosto de 1993.

31. Entre la información de primera mano, pude entrevistar a un alto oficial de la Gendarmería Nacional a mediados de 1992 en Salta, Argentina.

32. Ver, *Página 12* del 16 de agosto de 1991, página 7.

33. *Página 12* del 14 de Septiembre de 1990, página 7.

34. Periódico de Buenos Aires, *Ambito Financiero*, 19 de octubre de 1990, página 4.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sólo hacía bailar a otros sino que bailaba él también»[35] : era una macabra alusión a sus propias actividades, pues, en la jerga argentina militar y paramilitar «bailar» quiere decir padecer un sufrimiento infligido.

En todos lados hay policías sádicos y violentos y en todos lados gente que los justifica; pero la suerte de Patti fue específicamente argentina. Su reputación condujo al presidente Menem a asignarle prominentes misiones como la investigación del caso de María Soledad, una menor violada y eventualmente desaparecida, ocurrido en la provincia de Catamarca. Entre los sospechosos en este caso se encontraban prominentes políticos nacionales y provinciales. Como era dable de esperar, la investigación de Patti no obtuvo resultados y hay quienes lo acusan de auxiliar a fugarse a sospechosos.

Hay suficiente evidencia de que los juicios a militares no obtuvieron el propósito deseado. Me refiero a la retórica del presidente y de su *clique*, al atractivo político de oficiales militares que ocuparon cargos de responsabilidad durante las masacres de los '70, la presente indiferencia frente a la brutalidad policial[36], y el duradero impacto de las amenazas por parte de funcionarios públicos sugieren que los métodos autoritarios violentos prevalecen aún hoy. La sensación de fracaso, es necesario aclarar, no se origina simplemente en el hecho de que, bajo ciertas condiciones, la gente opte por métodos violentos, eligiendo a capitostes de la dictadura o elogiando la tortura. Lamentablemente estos fenómenos ocurren aún en sistemas unánimemente considerados democráticos. Lo que indica que los juicios no inculcaron que el supremo valor de la dignidad humana es conceptual. La frustración radica en el hecho de que, muchos de quienes desfilaron en favor de los juicios de derechos humanos del '85 apoyan ahora prácticas análogas a aquéllas objeto de esos juicios, sin siquiera advertir la contradicción. Es en punto a esta cuestión que los juicios no cumplieron con su misión: la de enseñar a la sociedad que algunas de las cosas que le hacemos a la gente no son justificables salvo, quizá, en casos de extremísima necesidad. Es importante notar que la disposición popular respecto de la violencia y la contradicción señalada indican que el déficit de los juicios es, respecto de la población, «intelectivo».

EL FRACASO DE LOS JUICIOS

El fracaso de los juicios no radica en deficiencias del efecto emocional de las condenas, quiero decir, de la satisfacción de fines retributivos. Cabe señalar que, de acuerdo a la distinción entre los aspectos emocionales e intelectivos de las condenas, las deficiencias de los juicios se ubican entre los últimos: establecer quién tiene razón y cuáles son los hechos y principios relevantes en la adjudicación de esta razón. Es en punto a esta cuestión que surgen las causas del fracaso de los juicios, como instrumento pedagógico en materia de

35. Declaraciones de Patti al ser invitado a bailar en un show de televisión (Canal 9, *show de Silvio Soldán*, Buenos Aires). El entonces vicepresidente de la Argentina, Eduardo Duhalde, destacó que Patti era un «modelo de policía». Ver, *Buenos Aires Herald*, 8 de agosto de 1991, página 11. También, *Página 12*, 14 de septiembre de 1991, página 7.

36. Ver, por ejemplo, el trabajo de investigación de Paul G. Chevigny en el que relaciona la brutalidad policial y su aceptación social: "Police Deadly Force as Social Control: Jamaica, Argentina and Brazil", en *Criminal Law Forum*, Spring 1990, Volumen 1, No. 3, páginas 389-425.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derechos humanos. Estas razones son tres. Primero, al ofrecer una imagen del mundo consistente en culpables e inocentes, los tribunales reprodujeron la perspectiva según la cual el mundo está integrado por amigos y enemigos. Segundo, para esta lógica bipolar, cualquiera haya sido su intervención, son inocentes aquellas personas no declaradas culpables de generar y fomentar las condiciones en que imperó el régimen del terror. Tercero, al ser los juicios penales restrictivos en la elección de acusados, ellos contribuyen a reinventar la historia, al centrar la imputación de delitos (exclusivamente) en un grupo social definido: los militares. Esto llevó, por un lado, a generar la imagen del chivo expiatorio, sobre todo con la transformación de muchos de los aliados de los '70 en acusadores en los '80. Estas razones contribuyen al resentimiento de los acusados por considerarse víctimas; y a la hipocresía de muchos de los acusadores. Esta generalizada hipocresía surge a mi entender de las contradicciones mismas de la práctica de inculpar.

Los tres factores negativos de los juicios explican por qué, en fragmentadas sociedades post-dictatoriales, los juicios de derechos humanos tienden a erosionar la misma autoridad democrática para cuyo fortalecimiento fueron diseñados. En la siguiente sección me ocupo del tercer efecto, la noción de la inculpación y de la contradicción señalada: la de manifestarse estrepitosamente por el castigo de torturadores y otros abusos por un lado y, por el otro, apoyar idénticas violaciones. Sostengo que la aparente plausibilidad de celebrar los juicios como medio para producir cambios en comunidades aterrorizadas se ve en gran medida desplazada por los efectos negativos de esos juicios y que, afirmo, surge de la práctica social de inculpar.

TERRORISMO DE ESTADO Y LA PRÁCTICA DE INCULPAR

He mencionado la manera en que la sociedad ha adoptado prácticas brutales de control; queda ahora pendiente una breve referencia a la modalidad del poder político en el que la comunicación entre los ciudadanos, y entre éstos y el gobierno, aparece distorsionada por la incertidumbre propia del manejo del terror. Es claro también que, lejos de coordinar las acciones de individuos o grupos de individuos, el poder político en un estado terrorista, se centra en desbaratar la acción concertada de los opositores. Solamente esta acción de desbaratar cumple con la misión de retener el poder por parte de quienes conciben la realidad como una vasta confabulación «subversiva».

La confusión que resulta del terror torna difícil al gobierno, sino imposible, la organización de la *polis.* Un estado terrorista cuenta con un espacio muy reducido para articular acciones individuales en la consecución de fines colectivos. El terror, vivido como la violencia impredecible disloca las comunicaciones ya sean éstas horizontales, entre los ciudadanos, o verticales, entre éstos y el gobierno. La falta de obediencia, tanto la basada en el respeto por las instituciones como en el temor al castigo, altera sensiblemente la modalidad del poder político. En esta situación, en la que el gobierno se empeña en destruir lo que sus funcionarios perciben como una vasta conspiración subversiva, la única herramienta consiste en el ejercicio del control a través de administrar la violencia de modo impredecible. Este proceso sólo puede producir escaladas de esa misma violencia pues el decreciente poder organizador

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

demanda un uso creciente de la coerción directa. La prueba de este proceso surge de la permanencia hasta las elecciones de 1983, del estado de sitio impuesto por Isabel Perón en 1974. La ampliación de las facultades del gobierno propias de un estado de emergencia indicaron la conveniencia de mantener el estado de sitio hasta largo tiempo después de la proclamada «victoria sobre la insurgencia». En efecto, mientras la primera ocurrió en 1978, el cese de la formal situación de emergencia tuvo lugar al celebrarse las elecciones generales de octubre de 1983.

La percibida necesidad de apelar a la violencia y los miles de personas torturadas y desaparecidas inculcó la creencia popular según la cual, en la Argentina, el padecimiento de la violencia es un hecho de la vida misma. La inevitabilidad del dolor fue -y lo es todavía hoy- una explicación de por qué la población desplazó el origen de este sufrimiento de los autores hacia las víctimas mismas de la brutalidad. Esta nueva modalidad de inculpar constituyó una parte substancial de la ideología imperante en la incertidumbre del terror.

Para los teóricos políticos y morales la práctica de inculpar juega un rol importante en una democracia basada en derechos. En una comunidad de esta naturaleza los individuos valoran las elecciones de vida, propias y de terceros, frente a la interferencia de terceros[37], incluyendo al estado mismo. Transformamos nuestra frustración en inculpación cuando, por transgredir las reglas de esta sociedad, ciertos individuos dañan a otros. De esta manera, al inculpar a los autores, intentamos generar un sentido de responsabilidad tanto entre estos perpetradores como en los otros miembros de la comunidad. La coincidencia en la ciudadanía sobre la persona que carga con las culpas es la que fortalece los vínculos de solidaridad[38]. Como un vehículo para el control, la inculpación comunica nuestra desaprobación por las acciones lesivas. A su vez, convertimos en persuasión la indignación que estas acciones perjudiciales provocan. Al inculpar a aquéllos que infringen nuestros derechos, comunicamos a la sociedad que estas acciones no deben repetirse, al tiempo que damos razones al infractor para convencerlo de que ha pisoteado nuestros valores, valores que él o ella deben adoptar si son racionales[39]. Esta forma ideal de inculpación está hondamente arraigada en nuestras prácticas de dos maneras: primero, al denunciar a aquéllos que quebrantan nuestras reglas sociales; segundo, al convencer a quienes nos han dañado a nosotros o a terceros que merecen una condena. Así, aunque basado en hechos pasados, la inculpación está orientada también hacia el futuro en tanto su práctica, especialmente a través del castigo criminal, constituye un incentivo para que los transgresores y sus posibles imitadores respeten nuestros valores e instituciones si son justas[40]. Para esta versión idealizada, la inculpación fortalece la autoridad de las reglas

37. Braithwaite and Pettit, *op.cit.*, Capítulo 7.

38. Ver David Garland, *Punishment and Society: A Study in Social Theory*, The University of Chicago Press, 1990, capítulo 3.

39. Ver Thomas Scanlon, "The Significance of choice", en *Equal Freedom*, Compilado por Stephen Darwall, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1995, páginas 39-104.

40. Ver Marion Smiley, *Moral Responsibility and the Boundaries of Community: Power and Accountability from a Moral Point of View*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1992, página 177.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y prácticas legales. Así, las nociones de inculpación y de castigo, a las que frecuentemente conectamos a la primera, son sólo un ideal moral.

Asignar calidades morales a la inculpación presupone que podemos identificar claramente aquellas acciones que causan daños. Este proceso de identificación de aquellos moralmente responsables de perjudicar a otros es típicamente el caso de las transgresiones «culpables» en el derecho penal. Basada en la lógica dual de «culpables» e «inocentes», la legislación penal provee parámetros claros para establecer qué acciones son relevante en la provocación de ciertos resultados. Más allá del ámbito del derecho penal, sin embargo, el tema de la responsabilidad moral está, en términos generales, sujeto a desacuerdo, negociación y cambio permanente[41]. A pesar de retener su fachada moral, la práctica de inculpar se ha venido modificando de tiempo en tiempo, de la misma manera en que lo han hecho las nociones de daño, causación y responsabilidad moral como nociones opuestas a la de «accidente» que normalmente nos ocurre[42]. Más allá de la práctica del derecho penal, las explicaciones que colocan la culpa en un solo factor interviniente en un proceso, son normalmente consecuencia de una sobre simplificación de los eventos[43]. Como principio general cabe afirmar que, a diferencia del razonamiento jurídico-penal, cuanto más factores encontremos como antecedente del sufrimiento, más realistas seremos en comprender este sufrimiento. Al definir la realidad como una de "amigos o enemigos", «la mente autoritaria se predispone a sobre simplificar las nociones de culpa y de «víctima inocente».

Un estado terrorista modifica drásticamente las relaciones entre culpa, inculpación y la transgresión de reglas de moralidad explícitas. Silenciar nuestra indignación frente a la brutalidad se transforma en una característica social estructural porque nuestra indignación consciente contra la violencia estatal es demasiado dolorosa y arriesgada como para expresarla a otros. Más aún, el sentido de inevitabilidad despoja a la práctica de inculpar de su función de inhibir futuras acciones dañosas[44]. La inculpación deja así de ser un mecanismo de control social basado en la moralidad; al menos en el sentido de compeler a otros a observar principios y reglas convenidas en general. Como consecuencia de este proceso disociador, la sociedad argentina desarrolló el hábito de mirar hacia la víctima de la represión como el objeto de esta inculpación. Repitiendo

---

41. Marion Smiley, *op. cit.*, página 167.

42. La misma noción de inculpar está conectada estrechamente con la noción de poder. Ser golpeado por un rayo, por ejemplo, es visto, en condiciones normales como un mero accidente. Esta calificación cambia, no obstante, si la víctima del rayo es el emperador, el Papa u otra persona en una situación de gran poder. En este caso, podremos averiguar que las personas a cargo de cuidar a la víctima la han descuidado por no hacer suficientes averiguaciones meteorológicas. De esta forma, la cuestión de sí es un accidente o una infracción culposa o aun dolosa dependerá de consideraciones evaluativas para las cuales tendrá singular importancia el status normativo de la víctima. Ésta cuestión esta muy bien planteada por Judith Schklar, *The Faces of Injustice*, Yale University Press, New Haven and London, 1988.

43. Watzlawick, Paul, Weakland, John y Fisch, Richard, *Change: Principles of Moral Formation and Problem Resolution*, W.W. Norton and Company, New York-London 1974, página 45.

44. Para el concepto de daño propongo la noción básica de limitar o cercenar la autonomía personal o la dignidad de una persona o causarle a esta una cierta cantidad de dolor, ver Nino, Carlos S. *Etica y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, 2ª. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las palabras de Barrington Moore, el régimen terrorista había «expropiado» a los ciudadanos su indignación moral[45]. En consecuencia, la angustia provocó en la gente un cambio de foco de los autores a sus víctimas.

> "Esta visiblemente extraña práctica de desplazar el objeto de la culpa está impecablemente descripta en *Nunca Más*. El prólogo de este libro transmite el sentimiento generalizado de desprotección. «En cuanto a la sociedad, iba arraigándose la idea de la desprotección, el oscuro temor de que cualquiera, por inocente que fuese, pudiese caer en aquella infinita caza de brujas, apoderándose en unos el miedo sobrecogedor y en otros una tendencia consciente o inconsciente a justificar el horror: «Por algo será» se murmuraba en voz baja, como queriéndose así propiciar a los terribles e inescrutables dioses, mirando como apestados a los hijos o padres del desaparecido. Sentimientos sin embargo vacilantes, porque se sabía de tantos que habían sido tragados por aquel abismo sin fondo sin ser culpables de nada; porque la lucha contra los «subversivos», con la tendencia que tiene toda caza de brujas o de endemoniados, se había convertido en una represión demencialmente generalizada, porque el epíteto de subversivo tenía un alcance tan vasto como imprevisible. En el delirio semántico, encabezado por calificaciones como «marxismo-leninismo», «apátridas», «materialistas y ateos», «enemigos de los valores occidentales y cristianos», todo era posible, todo era posible: desde gente que propiciaba una revolución social hasta adolescentes sensibles que iban a las villas miseria para ayudar a sus moradores (...)"[46].

Muchos individuos recuerdan la manera en que, en la Argentina de 1976, la sociedad desarrolló la práctica generalizada de comprender la violencia como si esta fuese inherente a la víctima[47]. La práctica corriente de inculpar a la víctima por su participación conjetural en «algo» es comparable al estilo machista de describir la violación partiendo del supuesto peso de la seducción de quien padece la violencia. La mujer es frecuentemente sospechada de «causar» su propia violación por expresar con movimientos y actitudes sus propias apetencias sexuales. Así, la inculpación sirvió a la conocida opinión autoritaria según la cual el concepto de «derechos humanos» era un instrumento al servicio de aquéllos que amenazaban con destruir los valores básicos de la Patria. Sólo aquéllos que simpatizaban con la subversión condenarían al régimen militar o, peor aún, gestionarían ante foros internacionales la condena del gobierno argentino. Después de todo, la comunidad argentina había caído en la cuenta de que sólo los malintencionados, los torpes y los estúpidos eran el objeto de la violencia estatal.

---

45. Ver Barrington Moore Jr., *Injustice: The social Basis of Obedience and Revolt*, M.E. Sharpe, New York, 1978, página 500.

46. Del prólogo de *Nunca Más: Informe de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, edición No 14, 1986, página 9.

47. Por ejemplo, Marcelo Suarez-Horozco, "The Grammar of Terror: Psychocultural Responses to State Terrorism in Dirty War and Post-Dirty War Argentina", en *The Paths of Domination, Resistance and Terror,* Compilado por Carolyn Nordstrom and JoAnn Martin, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1992, páginas 219-259.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Al inculcar en la ciudadanía la interpretación del mundo dividido en «culpables» e «inocentes», los juicios penales regeneraron un esquema bipolar, análogo al de «si no estás conmigo estás en contra mía». Así como la noción de «subversión» había dividido a la comunidad entre cruzados y «conspiradores marxistas», esta misma sociedad estaba polarizada, ahora, por la inculpación institucionalizada en el ambiente social de mediados de los 80, entre «culpables» e «inocentes». El aspecto más atractivo de los juicios, establecer una verdad común limitando los hechos relevantes a aquéllos que permiten inferir la culpabilidad jurídico-penal, fue, paradójicamente, el aspecto más débil. Esta debilidad yace en la excesiva simplificación de la historia, para la cual no hay terreno neutral entre la inocencia y la culpabilidad.

He explicado hasta aquí la manera en que, con el propósito de evitar la imitación de conductas perjudiciales, inculpamos a otros en un intento de convencerlos de que nos han dañado injustamente. También he explicado como, en el contexto argentino, la práctica de inculpar surgió de emociones diferentes de la confianza en -y del respeto por- nosotros mismos. Al convencer a quien ha transgredido nuestros valores de que ha obrado mal, tratamos al transgresor inculpado como un fin en sí, como un agente moral, como nuestro igual, que merece le demos las razones de nuestra indignación. A la inversa, abandonamos el reino de los fines al colocar la culpa en los desaparecidos y los torturados, como pertenecientes a una especie diferente de la nuestra. Transformamos a la inculpación en una práctica egoísta o centrada en nosotros mismos.

A diferencia de la inculpación y la pena en un sentido estricto, la venganza no requiere que demos razones convincentes para el dolor que causamos. Para esto basta nuestro resentimiento. En la Argentina de los ’70, la práctica de inculpar persiguió la satisfacción del autointerés de los inculpadores: en un esfuerzo por disminuir nuestra angustia y nuestra frustración, el uso de la inculpación se transformó en un mecanismo para circunscribir implícitamente la violencia dentro de un sector definido. Similarmente a nuestra inculpación de los desaparecidos, esta misma práctica en la Argentina de la «post guerra sucia» recayó sobre una clase segregada de la comunidad; para explicar su sufrimiento la población modificó monocausalmente sus miras de los desaparecidos a otro factor particularizado. En los ’70, la inculpación no fue ni la expresión de nuestra indignación moral ni un medio para identificar a aquéllos que usaban la violencia en contra de nuestra vida y libertad. Inculpar consistía, en cambio, en la manipulación de nuestras profundas emociones retributivas con el fin de lograr tres efectos posibles. Primero, sentirnos menos culpables por no socorrer a las víctimas de la brutalidad. Segundo, neutralizar nuestra vergüenza por renunciar a nuestros vínculos y asociaciones «peligrosas» con los indeseables. Después de todo, la inculpación nos condujo a creer que su sufrimiento era la consecuencia de su propio carácter. Tercero, calmar nuestra angustia. Al concebir el castigo como un acto fundado en las características o acciones específicas de quienes lo sufrieron, amortiguamos el terror de ser los próximos en la lista de las víctimas. La inculpación contribuyó a fortalecer la solidaridad colectiva sólo en el sentido de alejar culpas, vergüenza y angustia generales.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

HACIA ADELANTE AL PASADO; Y HACIA ATRÁS HACIA EL FUTURO

Debería quedar claro ahora que la aspiración común de castigar a los militares expresaba la necesidad calificada, y popularmente compartida, de promover la solidaridad social. La presente aceptación de la brutalidad policial y el éxito electoral de ex miembros de la dictadura militar fortalece mi creencia de que el afán de castigar careció de relación con la promoción de la dignidad de los ciudadanos. Las emociones retributivas detrás de las marchas y de las protestas públicas, es forzoso pensar, fueron dirigidas a lograr la clase de solidaridad que el país experimentó durante el régimen militar. En 1978, por ejemplo, las Madres de Plaza de Mayo fueron incesantemente insultadas por dañar la «imagen» internacional del país durante el Mundial de Fútbol celebrado en la Argentina. Durante este evento, el desfile de las Madres, denunciando la desaparición de sus hijos fue visto como algo cercano a la traición. Interpretado de la misma forma, los organismos de derechos humanos, «husmearon» (en 1979) en los asuntos «internos» de la Argentina. Esto provocó que los habitantes del país ostentaran calcomanías con la leyenda «los argentinos somos derechos y humanos». La campaña por lograr el castigo de militares debe ser observada bajo la misma luz.

La comprobación de que las emociones detrás de los juicios no son el sentimiento de justicia entendido como el anhelo de recuperar la dignidad de las personas y promover la responsabilidad individual presenta nuevas dudas. Se podría sugerir que la celebración de los juicios es preferible a la pasividad; mientras que no hacer nada confirmaría nuestra impotencia, sentar a los generales en el banquillo de los acusados revelaría a la comunidad su poder. Al «humillar» a quienes nos humillaron aprenderíamos más sobre nuestros derechos[48]. Si bien no tengo argumentos para oponer a esta línea de razonamiento, creo necesario advertir que los «juicios humilllantes» tienen serios inconvenientes. Al centrar la responsabilidad en un grupo muy pequeño y definido de transgresores de nuestros derechos humanos, los juicios amenazan con transformarse en el instrumento formal para destruir la misma noción de responsabilidad que intentamos afianzar. La consecuencia directa de los juicios criminales de 1985 es que, al poner en marcha mecanismos vindicativos de inculpación, ellos absolvieron a los civiles que marcharon con los militares. En forma tácita los juicios desplazaron a estos civiles del banquillo de los acusados al estrado de los acusadores. Basados en la lógica dual de «culpables o inocentes», los juicios contribuyeron a reforzar la convicción de que quienes no fueron procesados o condenados son simplemente inocentes.

El lado oscuro de los juicios presenta el siguiente dilema: diluir la responsabilidad a través del expediente de considerar que un vasto sector de la comunidad habría de compartir la responsabilidad por la violencia, o bien transformar a los tribunales en un escenario en el cual, al escoger un surtido de ciudadanos representativos, la sociedad se castigaría a sí misma al juzgar meras «muestras» de un segmento de la población muy numeroso: si todos somos responsables, entonces nadie lo es verdaderamente. Al optar por la otra posibilidad del dilema habríamos castigado, como en realidad lo hicimos,

48. Ver con relación a este punto, Hannah Ahrendt, *A Report on the Banality of Evil: Eichmann in Jerusalem*, (edición corregida y aumentada), Penguin Books, 1977, página 226.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sólo a un puñado de transgresores por lo que consideramos horrorosas violaciones de los derechos de las personas. En este último caso, los ex aliados de los acusados se vieron libres de volverse acusadores. En efecto, aquéllos que apoyaron al régimen militar hasta la debacle económica de 1979[49] o la absurda guerra de la *Falkland*\Malvinas en 1982, se vieron entonces habilitados para levantar el dedo acusador. Este viraje, percibido por los militares como una auténtica traición, confirmó la tesis conspirativa y su corolario de «aliados o enemigos». Los militares y sus aliados de ultraderecha se vieron entonces asediados por una conspiración aún más vasta. Miembros de esta confabulación habían fingido ser aliados hasta el momento oportuno parar mostrar el verdadero rostro y exhibir los colmillos. Estos antiguos y supuestos aliados apoyaban ahora la política de la venganza. En efecto, los militares sintieron que, los mismos que, para restaurar el orden, los alentaron a «aniquilar la subversión»[50], los habían vuelto ahora repositorios de toda la violencia del país de los últimos tiempos. La modalidad autoritaria mono-causal, empleada ahora para explicar los orígenes de sus miserias dejó de consistir en inculpar a las víctimas; la causa única eran ahora los militares[51]. Esta disposición para volverse en contra de los militares debe haber contribuido a la declaración del ex General Jorge Videla quien, en 1993, ventilara su convicción de ser un chivo emisario[52], el blanco de la venganza colectiva.

La crueldad de muchos civiles y su actitud pro-dictatorial fue dejada a un costado conforme a la percepción de los militares. Para éstos, toda la brutalidad de los años recientes había sido depositada en el umbral de su puerta. El remordimiento, la vergüenza y hasta la posible reflexión sincera, quedaron todos sumergidos en el resentimiento de considerarse el objeto de la venganza por ser, como ellos lo entendieron, meramente miembros de las fuerzas armadas. La percepción de ser objeto de la *vindicta* colectiva liberó a estos oficiales de un sentido mínimo de responsabilidad moral por sus propias acciones (y omisiones) individuales. La percibida traición de sus antiguos aliados, vueltos ahora acusadores, eclipsó el énfasis del gobierno civil puesto en el hecho de que los juicios no se centraron en los militares como tales; que estos juicios apuntaban en contra de oficiales involucrados en el diseño de la campaña

49. Ese fue el año en que en la Argentina se liquidaron numerosos bancos y empresas financieras como consecuencia de la política financiera identificada con José Martínez De Hoz, entonces ministro de economía.

50. Esta fue la terminología empleada por el gobierno de Isabel Perón y su fugaz reemplazante Italo Luder en 1975, al ordenar a los militares dirigir la represión. Esta terminología fue objeto de debate en el juicio de los comandantes de las tres fuerzas en 1985. Los abogados esgrimieron el hecho de que los miembros de las juntas habían obedecido la orden de «aniquilar a la subversión». El absurdo de esta defensa lo revela el hecho de que, en marzo de 1976, estos militares voltearon al gobierno de Isabel Perón.

51. Es interesante destacar que, a fines de 1983, apenas se hizo cargo del gobierno, el presidente Alfonsín dio expresas instrucciones de procesar a militantes del ERP y Montoneros aunque algunos de ellos habían desaparecido o abandonado el país. El presidente ordenó también encausar a algunos civiles de ultraderecha entre los que había políticos y gremialistas. De hecho, esta iniciativa mereció un mínimo interés popular y, al asignarles los fiscales y jueces sumariantes una importancia mínima también los procesamientos cayeron en el olvido. Hubo unas muy pocas excepciones como fue el caso de José López Rega, otrora el brazo derecho de Perón.

52. Ver Jorge Grecco, diario *Clarín*, 11 de noviembre de 1993, citando al ex general en un discurso pronunciado ante oficiales retirados del ejército.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

terrorista o en la comisión de crímenes atroces[53]. Así, como una forma de inculcar el sentido de responsabilidad individual, la política de los juicios fue perjudicada por la misma naturaleza bipolar de los mismos juicios.

La persistencia de las explicaciones mono-causales sugiere, como lo demuestra el caso Patti, que la población apoyará nuevamente los métodos terroristas de estado si las condiciones de fondo del país se deterioran. El atractivo electoral del General Bussi y el Coronel Ruiz Palacios también indica que el deseo de una mano fuerte para restablecer el orden puede llegar a ser tan intenso como lo fue en la década de los '70. La aproximación mono-causal invita la analogía entre los «subversivos» de los '70, y los ladrones y asaltantes de los '90. Esta lógica está basada en la aproximación aún imperante de «si no estás conmigo estás en mi contra».

La aproximación mono-causal soslayó el hecho evidente de que la dictadura militar y todo lo que la acompaño había sido un fenómeno aislado del «país real»[54]. La presente tolerancia frente a la violencia indica que la aspiración colectiva de castigar a los militares violadores de derechos humanos omitió promover suficientemente el respeto a las personas como un ingrediente necesario de la pena como castigo «real y desprejuiciado», destinado a lograr una democracia basada en derechos. Colocar la culpa en un sector social único tiene sus «ventajas». Al rehusarse a considerar el hecho doloroso de que el terrorismo se originó en las entrañas mismas de la comunidad, el mecanismo mono-causal hizo posible que la población alejara de sí su propia culpa y su vergüenza por su pasividad ante el sufrimiento. Parece obvio señalar que mirar al sufrimiento como la consecuencia de actividades de un sector social bien definido conforma una manera especial de reescribir la historia argentina. En algún sentido, la culpa de muchos militares por el terror que implantaron neutraliza su vocación de ser considerados «chivos emisarios», de ser ellos mismos las víctimas de la violencia vengativa. Parece válido sostener, no obstante, desde una perspectiva más amplia, que los militares debieron cargar frente a la comunidad toda la violencia de una sociedad autoritaria: al lado de los actos vergonzosos de muchos militares se encuentran las no menos vergonzosas acciones de muchos civiles.

Impugnar la interpretación del pasado reciente explicitando la causa de la brutalidad nos invita a cuestionar los verdaderos motivos existentes detrás del apoyo masivo a los juicios de derechos humanos. Parece claro que, cualquiera sea su fuerza, la confianza puesta en los tribunales no descansó en el prospecto de una decisión imparcial sobre la responsabilidad de oficiales militares. La ausencia hoy en día de respeto por las decisiones judiciales se origina de la creencia general en la inflicción de sufrimiento bajo el rotulo de «pena» sin conceder en realidad a los tribunales la autoridad que transforma al sufrimiento en pena. No es difícil imaginar la reacción popular si los ex generales Ramón Camps y Jorge Videla hubiesen sido absueltos porque la prueba aportada abonaba el hecho de que, por ejemplo, ellos hubiesen padecido un estado

53. Estas categorías surgen de toda la documentación y proyectos elaborados por el gobierno entre diciembre de 1983 y 1984, poco antes de dictar sentencia la Cámara Criminal Federal de Buenos Aires.

54. Ver James Neilson, "Parque Jurásico", revista *Noticias*, Buenos Aires, 18 de julio de 1993.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

demencial transitorio. Parece entonces que la furia generalizada demostraría que la autoridad de los jueces no descansa en el respeto popular por el criterio de sus decisiones. Este respeto, más bien, recae en su poder de formalizar, en el mejor estilo legal, una previa decisión política de enviar a unos cuantos a la prisión.

CONCLUSIONES

Queda aún mucho por decir en contra y en favor de los famosos juicios. Sin perjuicio de los argumentos por articular aún, los dos lados han presentados ya múltiples razones en contra y a favor. Los argumentos se fundan en principios políticos, estratégicos; hay idealistas y pragmáticos, ventajas y desventajas presentes y futuras. Como está planteado hoy, castigar a los miembros de ciertos grupos se mezcla irremediablemente con la menos aceptada noción de la venganza. Hay que aceptar que, a pesar de todo, la estrategia de la impunidad es fuertemente contra-intuitiva y es difícil defenderla sin que suene a insincero, insensible o ambas cosas. Este terreno parece coincidir con el emotivismo ético. Si tuviésemos que decidir bajo presión, es probable que nuestra respuesta quede a mitad de camino: entre castigar a un grupo de oficiales o no castigar a nadie en absoluto. La primera respuesta cae en la segunda posibilidad del dilema. Quizá sea más realista castigar también, levemente pero con la fuerza del estigma, a personas de negocios, tecnócratas, religiosos, estancieros y profesionales. La solución puede ser plausible si -y sólo si- podemos aportar buenas razones para individualizar a estas personas, eludiendo la primera posibilidad del dilema. Es posible que la última estrategia señalada nos diga más claramente cuáles son las acciones más graves: quiénes son aquéllos involucrados en planear y ejecutar crímenes aberrantes.

La experiencia en general enseña que, tarde o temprano se frustrarán las expectativas demasiado altas que, por una razón u otra muchos depositaron en los juicios. Lo que el tema parece señalar es que a esta altura resulta necesario pensar más sobre la *psique* democrática y la justicia criminal.

La estrategia de juzgar a criminales de estado tiene flaquezas inevitables. Primero, la experiencia muestra la dificultad que presenta la selección de quienes habrán de ser juzgados. Establecer quienes son los moralmente responsables por transgredir derechos humanos en una sociedad aterrorizada genera un inevitable ingrediente de artificialidad. Al centrar la culpa en un limitado sector de la población, los juicios de derechos humanos re-inventan la historia. De esta manera, el significado de la «verdad» resultante, frecuentemente percibida como facciosa, es objeto de disputas inzanjables. La insatisfacción general por los juicios de 1985 provino no solamente de los reos y sus defensores. Esta insatisfacción se originó también entre quienes abogaban por la vigencia de derechos humanos, como es el caso de las Madres de Plaza de Mayo y de organizaciones internacionales. Mientras los primeros afirmaron que los reos eran chivos expiatorios, los últimos se quejaron de ser los acusados sólo un puñado y las condenas muy poco severas. Lo que tienen en común ambas opiniones es la idea de que los juicios fueron «juicios políticos» por ser las sentencias demasiado benignas para unos y «vengativas» para otros. Ninguno de estos grupos vieron en las condenas auténticos actos de «justicia». En efecto, en lugar de impartir justicia con decisiones más o menos aceptables,

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los tribunales fueron sospechados de adaptarse a las conveniencias políticas, tal y como fueran concebidas por el poder ejecutivo. De esta manera, en lugar de reforzar la poca autoridad con que contaban los tribunales, los juicios tuvieron el efecto contrario. En lugar de ofrecer una «verdad» común que permitiese reconstruir una sociedad fragmentada por distintas versiones históricas, los tribunales generaron un clima aún mas polarizante. La idea que unió a grupos pro-reos y pro-acusadores fue que los juicios eran una estratagema para crear consenso a costa de negociar principios demasiado importantes. Conforme a su concepción RT, las Madres pensaron que los jueces cohonestaron la idea de que la dignidad no era un elemento central en una sociedad democrática. Quienes justificaban a los militares, en cambio, se aferraron a la idea de que no puede justificarse castigar a un inocente. Lo que ambas facciones compartieron es la idea de que los tribunales no se habían pronunciado conforme a su misión de perseguir la «justicia»[55]. Estas interpretaciones causaron una mayor fragmentación aún, la que se presentó bajo la forma de múltiples manifestaciones de rebeldía militar. Sostengo que en una gran medida, el significado de los juicios fue acuñado por una forma especial de inculpar.

Para algunos, los juicios fueron una forma de «justicia» negociada; para otros implementaron una forma artificial de inculpar. Así, las sentencias incrementaron el antagonismo entre facciones sociales. El factor más sorprendente de esta fragmentación de la opinión pública es que casi nadie, incluyendo a abogados y funcionarios públicos, acomodó su opinión a la luz de la sentencia que en diciembre de 1985 condenó a cinco comandantes militares y absolvió a otros cuatro. Ni siquiera la decisión de la Corte Suprema misma, dictada un año después, fue relevante para modificar versiones individuales de la historia política argentina. La indiferencia de los ciudadanos frente a las decisiones judiciales demuestra que, en la Argentina, estas decisiones carecen de autoridad para establecer la «verdad» de los hechos relevantes y la significación de estos hechos. Así, las controversias sobre lo que debió hacerse con relación al estado terrorista, siguen vigentes sin la expectativa de que algún arbitro pueda resolverla. La esperanza de que la historia concite la concordancia es un mal consuelo para quienes piensan que esta concordancia es necesaria ahora para evitar nuevas transgresiones.

55. Ver por ejemplo, Jorge Grecco y Gustavo González, *op. cit.*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990, página 140.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina [*]

Mary Beloff [**]

1. Introducción

Con la incorporación en América Latina de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales se han producido a nivel normativo cambios sustanciales en la manera de concebir a los niños, a los jóvenes y a sus derechos. Tal transformación se conoce, en el debate actual, como la sustitución de la "doctrina de la situación irregular" por la "doctrina de la protección integral", y ha sido caracterizada como el pasaje de la consideración de los menores como objetos de tutela y represión a la consideración de niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho.

Independientemente de que en efecto se haya producido un cambio legal en los países de la región[1], a nivel doctrinario se debaten los alcances de la concepción de los niños como sujetos plenos de derecho y la noción de interés superior del niño[2], otra definición que se usaba en el modelo de la situación irregular y que ahora requiere una reconceptualización en el nuevo marco legal. En cualquier área temática relacionada con los derechos del niño, la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por interés superior o por sujeto de derecho -aún más, por protección integral[3]- plantea en muchos casos la discusión en términos del viejo modelo de la situación irregular. Esa circunstancia explica que se sigan proyectando y eventualmente aprobando leyes en diversos países de América Latina a fin de dar cumplimiento al artículo

---

[*] Publicado en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis/Depalma, Bogotá, 1998.

[**] Abogada, Master en Derecho (LL.M.), Universidad de Harvard. Profesora de la Universidad de Buenos Aires y del Centro de Estudios de Postgrado en Derecho de la Universidad de Palermo.

1. El proceso que han seguido los países de América Latina luego de ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ha sido caracterizado como un proceso de triple vía. En algunos países la ratificación del mencionado instrumento internacional no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial. En otros países se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Finalmente, otros países han realizado -o se encuentran en proceso de- una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional. Cf. UNICEF/Tacro, Informe final. *Reunión de puntos focales. Area Derechos del Niño*, Paipa, 6 al 9 de diciembre de 1993, página 16. No obstante, esta sistematización puede y debe ser actualizada a partir de las reformas ocurridas en los últimos años.

2. Ver sobre este tema Cillero, Miguel, "El interés superior del niño, Infancia", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores), *op. cit.*, Temis/Depalma, Bogotá, 1998.

3. El "Régimen Penal de la Minoridad" (Leyes 22.278 y 22.803) de la República Argentina, sistema para infractores de la ley penal menores de dieciocho años de edad típica de la llamada doctrina de la situación irregular, establece en el artículo 3: "La disposición determinará:

a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su *protección integral*. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio; (...)" (Las cursivas son propias).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que repiten un diseño y una concepción de la infancia propia del modelo anterior.

Existen tres áreas en las que en el marco de la llamada doctrina de la protección integral de los derechos de los niños las aguas continúan divididas: el trabajo infantil, la adopción internacional y lo relacionado con las personas que tienen menos de dieciocho años que llevan a cabo una conducta descripta como antecedente de una sanción en el Código Penal. Este trabajo se propone abordar esta última cuestión.

Donde con mayor claridad se plantea lo que podría considerarse como "cierta" continuidad entre el antiguo modelo de la situación irregular y el de la protección integral, es en el área que se relaciona con las personas menores de dieciocho años que cometen delitos. En realidad, la ruptura es precisa en relación con el reconocimiento de las garantías sustantivas y formales de que deben gozar los niños y jóvenes frente al aparato coactivo del Estado. Sin embargo, la idea de un cambio sustancial no parece ser tal a la hora de discutir la reforma legal en relación con el contenido y los alcances de la responsabilidad de estos infractores y con las características que debe tener la reacción estatal frente a sus comportamientos infractores de la ley penal.

También en este tema la auto-proclamada "autonomía científica" del "derecho de menores" se revela como una falacia[4]. En ese sentido, la tesis que se defiende aquí es aquella según la cual, en el marco del modelo de la protección integral, las cuestiones relativas a la responsabilidad del niño o joven infractor de la ley penal y a la reacción coactiva estatal frente a sus conductas delictivas pueden -y deben- ser comprendidas dentro de la discusión actual acerca del sentido y los límites de la pena estatal[5].

Esa discusión se extiende hoy desde las posturas abolicionistas, de importante nivel diagnóstico pero de compleja -y en ciertos aspectos cuestionable- viabilidad político criminal en su conjunto, a la industria del control del delito y los sistemas de derecho penal de máxima intervención. En ese marco, el derecho penal mínimo surge como la única alternativa posible para justificar en nuestras sociedades la administración de los conflictos violentos mediante reacciones estatales coactivas. Su importancia se hace más evidente a la hora de analizar y dar respuesta a los problemas sociales definidos como criminales en el contexto de la tarea siempre inacabada de construcción de un Estado y una sociedad democráticos. Es a partir de esa

---

4. Como ha quedado perfectamente claro del análisis de las leyes, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir del fallo *Gault* y de otros países, y del funcionamiento real de la "justicia de menores" en América Latina, la alegada autonomía del "derecho de menores" por cierto ha existido, pero respecto del derecho constitucional. Ello, por su parte, cuestiona ya no sólo su *status* de rama autónoma, sino propiamente de derecho. En general, sobre este tema ver Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Gius. Laterza & Figli, 1989, en español: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 1995. Desde otra perspectiva ver también Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, edición en español con traducción de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, de *Faktizitat und Geltung. Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992 y 1994.

5. Roxin, Claus, "Sentido y Límites de la Pena Estatal", en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

idea que en América Latina -en muchos casos acompañando procesos de transición y consolidación democrática- se han diseñado y se están implementando sistemas que dan respuesta a las infracciones penales cometidas por adolescentes del modo más activo y menos reactivo posible[6]. Es a esos sistemas que en este trabajo se llama sistemas de responsabilidad penal juvenil.

En definitiva, el propósito de las siguientes páginas es describir y analizar cómo las nuevas leyes en América Latina abordan este tema; y plantear que, redefinidos entonces los alcances y los límites de la pena estatal a partir de los principios que la limitan desarrollados por los teóricos del derecho penal mínimo, hablar de responsabilidad penal juvenil o admitir en algunos supuestos excepcionales la sanción juvenil frente a las reacciones "blandas" características del derecho penal de máxima intervención, se revela como el camino adecuado para dar contenido real a la noción de sujeto pleno de derecho y a la idea de interés superior del niño, en el marco del sistema de la protección integral.

2. Los derechos de los niños y jóvenes que cometen delitos en el sistema de la protección integral

El sistema de la protección integral surge de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño[7] y de otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas -y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional-, según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Estos instrumentos son:

- las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing[8];
- las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad[9]; y
- las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh[10].

Además, si protección integral de los derechos de los niños representa una noción abierta, ya que cada Estado debe progresivamente asegurar nuevos y mejores niveles de reconocimiento y efectivización de derechos a sus niños y jóvenes, deben considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales

6. Melossi, Darío, *The state of social control*, St. Martín Press, New York, 1990.

7. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

8. Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

9. Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

10. Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de protección de derechos humanos que sean pertinentes en la materia. Por ejemplo, en la medida en que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos asegura en los países latinoamericanos un mejor nivel de reconocimiento de los derechos de los niños al prever el sistema interamericano de protección de derechos humanos en general.

Como se señalaba en la introducción, hay algunas cuestiones en las que la llamada doctrina de la protección integral indudablemente representa un cambio radical en la forma de entender a los niños, a los jóvenes y a sus derechos. Básicamente, el cambio incluye algunas características que en líneas generales se encuentran presentes en las legislaciones de los países que han adecuado su ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de manera sustancial y en una reforma total.

Estas características enfatizan los aspectos de promoción y defensa de los derechos de los niños y jóvenes en la región que se expresan en construir condiciones de vida para estos sectores de la población que los pongan completamente fuera de la posibilidad de ingresar a sistemas de responsabilidad por conductas infractoras de la ley penal, como los analizados en este trabajo.

Si se trata de un Código integral, se definen al comienzo los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos tanto administrativos cuanto judiciales. De este modo desaparecen las categorías de abandono, riesgo o peligro moral o material, situación irregular o las más modernas de vulnerabilidad o disfunción familiar y los remedios restablecen derechos, en lugar de vulnerarlos, como en el antiguo sistema.

También en el caso de un Código integral, se distinguen claramente las políticas sociales de la política criminal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales entendidas como responsabilidad conjunta -en su diseño y ejecución- de la sociedad civil y del Estado y definidas a partir de la descentralización y la municipalización. De ahí que se desjudicialicen prácticamente todas las cuestiones relativas a la protección, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

La desjudicialización opera también en otro nivel, que es el tradicionalmente considerado judicial penal o judicial de familia. En ambos casos, las nuevas leyes prevén instancias prejudiciales de solución de conflictos, siempre con control y revisión judicial si fuere necesario.

En general se abandona la denominación de menores[11] como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a definirse de manera afirmativa, como sujetos plenos.

---

11. La ley del Menor Infractor de El Salvador es un ejemplo en contrario sólo en relación con este punto.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En cuanto a la política criminal, se reconocen a las personas menores de dieciocho años todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas que corresponden a la condición de personas que están creciendo. Es importante insistir en que en un modelo de protección integral la circunstancia de estar creciendo no implica perder la condición de sujeto. Por el contrario, estos sujetos precisamente por esa circunstancia cuentan con algunos derechos extra además de los que tienen todas las personas. Ese es el fundamento, entre otros, de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

En un sistema de ese tipo, se establecen como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven o adolescente sanciones diferentes, que se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de libertad en institución especializada. En caso de que sea necesario recurrir a una reacción estatal coactiva, la centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad. Por eso en el sistema de la protección integral no es correcto hablar, como en el sistema penal de adultos, de alternativas a la pena privativa de la libertad ya que lo alternativo y excepcional, conviene insistir, es la privación de la libertad.

La alternatividad y excepcionalidad de la privación de libertad se establece asegurando que se trata de una medida de último recurso, que debe aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado.

Finalmente, desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que sea flexible y permita instancias conciliatorias no sólo al inicio sino todo a lo largo del proceso, esto es, flexible para intentar una real solución al conflicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso, pero no para desconocer garantías, como en el sistema anterior.

En lo que sigue se tratará de describir, a partir de algunas instituciones centrales (ámbito de aplicación, régimen de privación de libertad, etc.), cómo se organizan y funcionan -o no- estos sistemas de responsabilidad penal juvenil en los países que han modificado su legislación. Se trata de un proceso que se está dando en América Latina y que se diferencia en muchos sentidos de las discusiones que sobre el tema tienen lugar en otros contextos, en particular en relación con la llamada justicia juvenil[12] . Por ello, en lugar de hacer un análisis dogmático de las categorías de responsabilidad, imputabilidad y culpabilidad, se describirán y analizarán críticamente las nuevas leyes que regulan el tema en la región para, a partir de allí, formular algunas conclusiones generales respecto de este nuevo sistema.

---

12. Los estudios sobre justicia juvenil incluyen cuestiones relacionadas con las llamadas "ofensa de estado" y con las situaciones relacionadas con el bienestar de los niños y los jóvenes, excluidas de los sistemas de responsabilidad penal juvenil desarrollados en los últimos años en América Latina. En ese sentido, los sistemas de "justicia juvenil" encuadran en la definición amplia de extensión del ámbito de aplicación de las Reglas de Beijing, que todavía en el año 1985, en la mitad de la década que llevó la discusión, redacción y aprobación de la Convención Internacional, operaban parcialmente en el esquema de la "situación irregular".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina

3.1. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil incluidos en Códigos integrales de derechos de niños y adolescentes

Brasil

El proceso de reforma legal comenzó en América Latina con la aprobación por Brasil del Estatuto del Niño y del Adolescente[13] en 1990.

El Estatuto establece por primera vez en la región algunas precisiones sobre el tema de la respuesta estatal a las conductas tipificadas como delitos o faltas cuando son llevadas a cabo por personas que tienen menos de dieciocho años.

En principio parecería que el Estatuto utiliza la fórmula tradicional, ya que el artículo 104 deja fuera del derecho penal de adultos a las personas menores de dieciocho años, al establecer que "son penalmente inimputables" y que están sujetas a las medidas previstas por el Estatuto. El Estatuto no habla de responsabilidad penal juvenil ni de imputabilidad. Todo lo contrario, mantiene la categoría de inimputables para las personas menores de dieciocho años. Sin embargo, como se verá más adelante, con un sentido completamente diferente al que esta categoría tenía en los modelos de la situación irregular.

Por su parte el artículo 103, para hacer esta exclusión más precisa pero al mismo tiempo para superar el fraude de etiquetas propio de las leyes de la situación irregular, establece una categoría que le da nombre al título "práctica de acto infractor", definiendo a este último como la conducta descripta como delito o contravención por la ley penal.

Ello permite ya establecer tres características de un sistema de responsabilidad penal juvenil. En primer lugar, que trata de personas menores de dieciocho años que realizan la conducta descripta como antecedente de una sanción, sean delitos o contravenciones. En segundo lugar, es un sistema completamente diferente del sistema de justicia penal para adultos ("son penalmente inimputables"); y, en tercer lugar, una de esas diferencias se expresa en las "medidas" o consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal cuando es llevada a cabo por una persona menor de dieciocho años.

Para dejar fuera de este sistema a los niños[14] (las personas menores de doce años) el Estatuto establece en el artículo 105 que "al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101", que son las medidas de protección previstas para aquellos niños o adolescentes cuyos derechos se encuentran amenazados o violados[15].

---

13. Ley Nro. 8069 del 13 de julio de 1990.

14. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores 4.1 en función del párrafo 10 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

15. Las medidas de protección previstas por el Estatuto son: encaminamiento a los padres o responsable, mediante declaración de responsabilidad; orientación, apoyo y seguimiento temporarios; matrícula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental; inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o con un tratamiento ambulatorio; inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; abrigo en entidad y colocación en familia sustituta. El Estatuto expresamente prevé que el abrigo es una medida provisoria y excepcional que funciona como transición para la colocación en familia sustituta y que no implica privación de la libertad.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Aquí aparece una cuarta característica que es la que habilita a hablar de sistemas de responsabilidad penal juvenil: es la exclusión de los niños de este sistema. El Estatuto establece una solución en estos casos que ha sido posteriormente revisada. Se trata de la casi automática derivación de los niños imputados de la comisión de delitos o contravenciones a los sistemas de protección, ya que establece que a estos les corresponden medidas de protección.

Como esta salida continua mezclando aspectos penales con aspectos relativos a la protección, posteriormente se han encontrado otras soluciones diferentes de la derivación automática. Es que sin debido proceso es imposible establecer si efectivamente un niño ha cometido un delito o contravención, circunstancia que según el Estatuto lo pondrá en contacto con las instancias de protección. Por tal motivo y como se verá más adelante, la exclusión de los niños de algún sistema de reacción estatal coactiva se establece de manera absoluta y, excepcionalmente, se prevé la derivación si y sólo si el juez que entiende en el caso advierte que los derechos de ese niño se encuentran amenazados o violados.

El Estatuto establece garantías sustantivas en los artículos 106 a 109 y procesales en los artículos 110 y 111, pero no desarrolla en detalle el proceso a seguirse a un adolescente infractor (artículos 171 a 190). El reconocimiento de todas las garantías es la quinta característica de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

Las sanciones juveniles en el Estatuto son denominadas medidas socio-educativas y son enumeradas y descriptas en los artículos 112 a 125. Se trata de la advertencia, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la semilibertad, la internación o privación de la libertad y todas las medidas de protección con excepción del abrigo y la colocación en familia sustituta.

Algunas cuestiones que han sido posteriormente revisadas en relación con las medidas socio-educativas son la posibilidad de su aplicación conjunta, o su sustitución, como ocurre con las medidas de protección (artículos 99 y 113). Ello porque la utilización de esta norma sin un análisis cuidadoso podría dar lugar a una afectación del principio de responsabilidad por el acto.

El Estatuto define las medidas socio-educativas y en particular a la internación, a la que considera una medida privativa de la libertad. Esta, si bien puede ordenarse por tiempo indeterminado (artículo 121.2) -lo que afectaría los principios de legalidad y proporcionalidad- nunca puede exceder los tres años. Ésta es la sexta característica del sistema.

El Estatuto intenta limitar la aplicación de esta medida socio-educativa[16] (artículo 122) a los supuestos de:

a) acto infractor cometido mediante grave amenaza o violencia en la persona;
b) reiteración en la comisión de otras infracciones graves; y
c) falta de cumplimiento reiterada e injustificada de una medida impuesta anteriormente, no pudiendo en este caso la internación ser superior a tres meses.

16. El equipo multidisciplinario de los Juzgados revisa periódicamente la privación de libertad.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esta limitación, por su vaguedad, ha dado lugar a interpretaciones amplias que admiten la privación de la libertad en prácticamente todos los casos de adolescentes infractores, por lo que posteriores leyes han revisado estos límites y encontrado fórmulas más precisas que hagan efectiva la excepcionalidad de esta medida.

No obstante, en relación con la privación de libertad durante el proceso, se establece como garantía que esta no puede exceder de 45 días, plazo máximo en el que el juez deberá dictar la resolución definitiva.

Finalmente, y como séptima característica, el Estatuto incorpora la remisión (artículos 126 a 128) como facultad del Ministerio Público antes de iniciado el proceso. También puede ser otorgada por el juez si el proceso ya se inició, lo que implica la suspensión o extinción del proceso. No requiere el consentimiento del adolescente, con lo que aparece como ejercicio de un criterio de oportunidad del Ministerio Público antes que como la reglamentación de la remisión contenida en las Reglas de Beijing. Si bien expresamente se establece que la remisión no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de responsabilidad ni tiene consecuencias a los efectos de los antecedentes, se puede ordenar la remisión con cualquiera de las medidas socio-educativas excepto la semilibertad y la internación. Esta "remisión con medida", aunque puede ser revisada judicialmente, presenta algunos problemas en relación con la responsabilidad y con las garantías del adolescente infractor que han sido en parte subsanados en leyes posteriores.

En síntesis, el sistema de responsabilidad penal juvenil que se inaugura con el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, y que ha servido de modelo para el resto de los países establece:

1. que comprende exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito o una contravención;
2. que es un sistema que coloca a estas personas fuera del sistema de justicia penal de adultos y en ese sentido exclusivamente se habla de inimputabilidad;
3. que la atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto en desarrollo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en este caso medidas socio-educativas;
4. que esa atribución de responsabilidad también se expresa en la exclusión de este sistema de los niños;
5. que los jóvenes, en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descripto más arriba, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de las que goza un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado, más derechos particulares que se expresan en este sistema;
6. que la privación de la libertad es excepcional, alternativa, limitada en el tiempo y breve; y
7. que se prevén soluciones alternativas a la reacción estatal frente al conflicto jurídico-penal.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Perú

El Código de los Niños y Adolescentes de Perú[17] recoge la propuesta de adecuación sustancial del Estatuto de Brasil y establece un sistema muy similar en relación con los infractores de la ley penal. Similar descripción del principio de legalidad (delito o falta) y similar exclusión de los niños, quienes según el artículo 208 "serán pasibles" de medidas de protección, lo que plantea idéntico problema con la derivación automática de los niños al sistema de protección.

El Código regula la cuestión sin entrar en la discusión sobre responsabilidad o inimputabilidad. Las garantías y disposiciones de carácter procesal se encuentran aún menos detalladas que en el Estatuto de Brasil, el contradictorio se encuentra debilitado y ello se refleja en la implementación de la ley.

Incluye cláusulas como la del artículo 214 (y la ya mencionada que se refiere a los niños) que de no ser interpretadas de modo armónico con los principios de la protección integral, podrían afectar garantías fundamentales de los adolescentes: "el sistema de justicia del adolescente infractor se orientará a su rehabilitación encaminada a su bienestar. La medida no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho sino también de las circunstancias personales que lo rodean".

En cuanto a la remisión, a diferencia de Brasil, se admite también la posibilidad de la semilibertad como medida a cumplir, lo que agrava la situación descripta en relación con el Estatuto[18] . También se complica la cuestión respecto del consentimiento del adolescente, ya que se establece que el trabajo que se imponga como consecuencia de la remisión deberá contar con su consentimiento; pero no se lo requiere para el otorgamiento de la remisión en sí. Por otra parte, no queda claro si en todos los casos la remisión será con medida.

En cuanto a la limitación de la privación de la libertad, el Código coincide con el Estatuto en el plazo máximo de tres años (artículo 250) y prevé una mejor limitación al establecer que procede cuando, en primer lugar, se trate de

---

17. Decreto Ley 26102 del 24 de diciembre de 1992.

18. Tanto en relación con la remisión con medida como en relación con los niños imputados de delito o falta, la derivación se realiza a otro juez o dentro del mismo juzgado a otra secretaría, de modo que no opera la desjudicialización pretendida por los instrumentos internacionales al prever esta figura. Así, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: "Artículo 40 (...) a) los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b) siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales (...)"; y las Reglas de Beijing: "11. Remisión de casos. 11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 *infra*, para que los juzguen oficialmente. 11.2. La policía, el ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial con arreglo a los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. 11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite. 11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

acto infractor doloso cuya pena sea mayor de cuatro años. Las otras dos limitaciones son similares a las del Estatuto y no se prevé que en el supuesto de incumplimiento la internación no puede exceder de tres meses. En otras palabras, si bien el Código intenta superar el problema de la interpretación de la categoría gravedad en el primer inciso al establecerse que se trate de delitos dolosos reprimidos con penas mayores de cuatro años, luego, al volver a hablar de infracciones graves, surge el mismo problema de vaguedad señalado en relación con el Estatuto.

Guatemala

El Código de la Niñez y la Juventud[19] establece que debe entenderse como una acción cometida por un joven en conflicto con la ley penal a aquella que sea tipificada como delito o contravención en el Código Penal o en las leyes especiales. Son sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de incurrir en una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales (artículo 160).

El Código distingue entre dos grupos etarios en cuanto al proceso, a las medidas y a su ejecución: a partir de los doce años de edad y hasta los quince años de edad, y a partir de los quince años de edad y hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho años de edad.

Los actos cometidos por personas menores de doce años de edad que constituyan delito o contravención no son materia de este Título del Código, previéndose que estos niños y niñas sean objeto de la atención médica, psicológica y pedagógica que fuere necesaria bajo el cuidado y custodia de los padres o encargados, siendo atendidos por los Juzgados de la Niñez y Juventud.

Se prevén formas anticipadas de terminación del proceso como el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de conciliación, la remisión y el criterio de oportunidad reglado (artículo 211).

El proceso prevé una instancia nueva en el debate para adolescentes infractores que es la cesura. Así, el artículo 241 establece que el juez dividirá el debate en dos etapas: una que verse sobre el grado de responsabilidad del joven en el acto que viole la ley penal, y otra que verse sobre la idoneidad y justificación de la medida.

En cuanto a las medidas privativas de libertad, y en particular a la de internamiento en centros especializados se la limita admitiéndose su aplicación en los siguientes casos:

a) cuando se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas;
b) cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales con pena de prisión superior a seis años; y
c) cuando haya incumplido injustificadamente las medidas socio-educativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.

La medida de internamiento durará un período máximo de cinco años para jóvenes entre los quince y los dieciocho años, y de tres años para jóvenes con edades entre los doce y los quince años. Se prevé también la suspensión

19. Decreto 78/96 del 11 de septiembre de 1996.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

condicional de la sanción de internamiento por un período igual al doble de la medida impuesta.

Se prevé finalmente el control de la ejecución de las medidas.

Honduras

En lo sustancial, el Código de la Niñez y de la Adolescencia[20] establece un sistema de responsabilidad penal juvenil muy similar al establecido por la Ley del Menor Infractor de El Salvador. Si bien está en muchos aspectos influido por cuestiones tutelares y asistenciales, el tema está tratado en un título aparte y claramente se establece en el artículo 180 que los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria y "sólo podrá deducírseles la responsabilidad prevista en este Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen".

Ahora bien, se establece que el sistema previsto por el Código se aplica a mayores de doce años que cometan una infracción o falta, y que los menores de doce años "no delinquen" y "en caso de que cometan una infracción de carácter penal sólo se les brindará la protección especial que su caso requiera y se procurará su formación integral" -artículo 180-.

Siguiendo el modelo de Guatemala, y a pesar de algunos problemas en la regulación del proceso, se dedican muchos artículos al tema y se prevén instituciones alternativas como la remisión, la conciliación y la aplicación de criterios de oportunidad.

Los supuestos que habilitan el dictado de una medida de privación de la libertad son similares a los del Estatuto de Brasil, y la duración máxima de esa medida es de ocho años (artículo 198).

Nicaragua

El Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua recientemente aprobado por el Congreso crea una "justicia penal del adolescente" para las personas entre trece y dieciocho años no cumplidos. Se establece una distinción entre aquellos que tienen quince a dieciocho años no cumplidos y quienes tienen trece y catorce años, no pudiendo estos últimos ser sometidos a medidas que impliquen privación de la libertad. En ambos casos se habla de responsabilidad. En cuanto a los menores de trece años, se establece que no serán sujetos a la justicia penal del adolescente, que están exentos de responsabilidad (excepto la civil); aunque se prevé que el juez remita el caso al órgano administrativo correspondiente a los fines de su protección integral (artículo 95). Si bien se trata de un supuesto de derivación automática, se prevé que se respeten las garantías y derechos del niño y que bajo ningún motivo se les aplique una medida privativa de la libertad.

Las garantías para aquellos sujetos a la justicia penal de adolescentes (se reconoce expresamente que se trata de una jurisdicción penal especial) se encuentran desarrolladas en los artículos 101 y siguientes. Se prevé un proceso detallado e instancias alternativas al proceso, como la conciliación (artículo 145).

---

20. Decreto 73-96 del 30 de mayo de 1996.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En cuanto a la privación de libertad se establece la posibilidad de su dictado a partir, por un lado, de una enumeración de los delitos que permiten su aplicación[21] y, por el otro, el supuesto de incumplimiento de otras medidas, que habilita una privación de libertad por un período máximo de tres meses. La privación de libertad puede dictarse a partir del mínimo establecido para el delito por la ley penal pero en ningún caso podrá exceder de seis años.

Bolivia

En Bolivia el Código del Menor[22] de 1992 no regula el tema en detalle ni crea un sistema de responsabilidad penal juvenil. Establece la protección legal de los menores imputables que serán sometidos a la legislación ordinaria, contando con las normas de protección del Código (artículo 182). Se mencionan mínimas garantías entre las cuales la más importante es la duración máxima de cuarenta y cinco días de la internación provisional (artículo 188). Si se enumeran medidas socio-educativas que serán aplicadas a menores de dieciséis años que realicen actos "contrarios a la convivencia social" por el Organismo Nacional, a través de los Servicios Tutelares del Menor (artículo 190). Se prevé la excepcionalidad de la internación y se elimina el de incumplimiento injustificado de otras medidas, de los supuestos que habilitan la adopción de la medida de internación La internación se puede dictar por tiempo indeterminado pero no superior a dos años (artículo 198).

Ecuador

En Ecuador tampoco se establece un sistema de responsabilidad penal juvenil. El Código de Menores[23] de 1992 trata el tema de los infractores dentro del Título referido a los menores en situación de riesgo. Ello ya cambia sustancialmente la perspectiva establecida por Brasil y Perú.

En líneas generales parecería que se sigue un sistema similar al establecido por el Estatuto de Brasil, pero esto es así sólo en una primera lectura. Se afirma que las personas menores de dieciocho años son penalmente inimputables y que están sujetas a las disposiciones del Código. No se distingue entre niños y jóvenes en función de la responsabilidad sino en relación con la privación de la libertad. Se establece en el artículo 166 que ningún menor de doce años podrá ser privado de libertad y que "en estos casos" el Tribunal de Menores deberá resolver la medida socio-educativa que más le convenga, con el fin de promover su desarrollo, dignidad y responsabilidad. Adviértase que la privación de libertad existe como medida socio-educativa con el nombre de ubicación institucional (artículo 184).

Se prevé que el proceso de investigación tenga como finalidad, además de conocer el grado de participación del menor en los hechos, el investigar su personalidad, las circunstancias del acto, comprobar su conducta, descubrir las causas, y el medio en que se desenvuelve con el fin de aplicar el tratamiento socio-educativo necesario para su reintegración social (artículo 179).

---

21. Asesinato atroz, asesinato, homicidio doloso, infanticidio, parricidio, lesiones graves, violación, abusos deshonestos, rapto, robo, tráfico de drogas, incendio y otros estragos, envenenamiento o adulteramiento de agua potable, bebidas, comestibles o sustancias medicinales (artículo 203).

22. Ley 1403 del 18 de diciembre de 1992.

23. Registro Oficial 995 del 7 de agosto de 1992.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Se otorga validez a las actuaciones policiales y se prevé la intervención judicial y/o administrativa (aunque excluidos los supuestos de privación de libertad, libertad asistida y reparación del daño) cuando familiares o responsables soliciten al tribunal o al organismo administrador ayuda para tratar a menores cuyo comportamiento, sin implicar comisión de delitos o faltas, "se traduzca en actos concretos que afecten la convivencia familiar, social, o escolar, o a su propio desarrollo".

Se establece que todas las medidas sean dictadas por tiempo determinado. No existe una estricta limitación de los supuestos que habilitan la medida de privación de libertad, que tiene una duración máxima de cuatro años.

Finalmente, se reconocen también las garantías sustantivas y procesales básicas reconocidas por los instrumentos internacionales.

República Dominicana

Tampoco en este caso existe un sistema de responsabilidad penal juvenil. El Código para la Protección del Niño, Niña y adolescente define como niños, niñas y adolescentes infractores a aquellos que incurran en hechos sancionados por la ley (artículo 122). Los clasifica en infractores leves, graves y habituales (artículos 123, 124 y 125).

Más adelante trata de modo similar las medidas de protección y socio-educativas (artículos 188 a 229) y a partir del artículo 230 en el título sobre el acceso a la justicia se dedica una sección a los adolescentes infractores. Aquí sí se precisa que acto infraccional se refiere a la conducta tipificada como crimen, delito o contravención por las leyes penales y se establece que niños, niñas y adolescentes son inimputables (artículo 231). En este caso la inimputabilidad una vez más se refiere a la prohibición de ser juzgados por tribunales ordinarios y a su sometimiento a la justicia especializada. No se desarrolla en extenso el procedimiento.

Anteproyectos y Proyectos

En cuanto a los Anteproyectos y Proyectos de Códigos integrales, tanto el de Uruguay como el de Venezuela establecen modernos sistemas de responsabilidad penal juvenil.

El Proyecto de Uruguay establece el sistema para adolescentes a partir de los catorce años. En este sistema, que incluye un procedimiento específico, la privación de la libertad no puede exceder de cinco años.

En cuanto a Venezuela, el Proyecto de Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente expresamente establece un "sistema penal de responsabilidad del adolescente". Define a este sistema como el conjunto de órganos y entidades que establecen la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los que incurra, que aplican y que controlan las sanciones correspondientes (artículo 552). También prevé expresamente que el adolescente que viole derechos penalmente protegidos responde por el hecho en la medida de su culpabilidad, de forma diferenciada al adulto. La diferencia consiste en la jurisdicción especializada y en la sanción que se le impone (artículo 554).

El sistema se aplica a las personas comprendidas entre los doce y los dieciocho años no cumplidos y si se trata de un niño, se le aplican medidas de protección de acuerdo a lo previsto en la propia ley (artículo 560). Se establece

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una distinción a los efectos de la aplicación y ejecución de las sanciones entre los que tienen entre doce y catorce años no cumplidos, y catorce a dieciocho años no cumplidos (artículo 561). Se prevé un diseño procesal acorde con los más modernos sistemas procesales penales. En cuanto a la privación de la libertad, puede ser dictada sólo si se trata de algunos delitos en particular[24], en caso de reincidencia y de que el hecho de la nueva sanción esté reprimido con pena que en su máximo sea igual o mayor a cinco años, y el supuesto de incumplimiento de otras medidas que habilita la privación de la libertad hasta por seis meses.

En cuanto a la duración máxima de la privación de la libertad, que así es llamada en el Proyecto (artículos 654, 662 y concordantes), se prevé una duración no inferior a un año y no superior a siete para aquellos adolescentes mayores de catorce años. Si se trata de menores, no podrá ser menor de seis meses ni mayor de tres años. Se establece un límite adicional y es que en ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de la libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la ley penal para el hecho punible correspondiente.

Tratándose de un Código integral, el Proyecto de Venezuela representa hasta el momento el sistema más moderno, completo y respetuoso de los derechos y garantías de los niños y jóvenes imputados de la comisión de delitos.

3.2 Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en leyes específicas

El Salvador

La Ley del Menor Infractor[25] representa la primer reforma que se limitó al tema de las personas menores de dieciocho años imputadas de una infracción penal dirigida a adecuar el derecho interno del país a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. La decisión respecto de llevar adelante un proceso de adecuación sustancial total o parcial y mediante leyes integrales o leyes específicas ha estado presente en la región en los últimos años, con resultados diversos. El principal problema que se advierte en la variante de la reforma parcial es la indefinida postergación de la reforma referida al ámbito de protección de derechos.

A partir de la Ley del Menor Infractor todos los países que han dictado leyes específicas (o que las han proyectado) han optado por elaborar sistemas de responsabilidad penal juvenil. Las diferencias entre las distintas leyes se explican, por un lado, a partir de la experiencia acumulada por cada proceso de reforma legal que permitió mejorar los textos considerablemente a lo largo de los últimos tres años. Por el otro, a partir de los diferentes contextos políticos nacionales en los que se discutieron y aprobaron las diferentes leyes.

La Ley del Menor Infractor establece en el artículo 2 que se aplicará a las personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad. Distingue entre los grupos de dieciséis a dieciocho años no cumplidos y entre doce y quince años. En relación con los menores de doce años que "presenten una conducta antisocial" se establece que no están sujetos ni al régimen jurídico

24. Homicidio excepto el culposo, lesiones gravísimas, salvo las culposas, violación, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas y robo y hurto sobre automotores.

25. Decreto 863 aprobado el 16 de febrero de 1995.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

especial de la Ley ni al común, que están exentos de responsabilidad y que, en su caso, debe darse aviso al organismo administrativo para su protección integral.

La ley llama todavía internación a la privación de la libertad, estableciéndose un máximo en general para todas las medidas de cinco años con excepción de aquellos que tuvieren dieciséis años al momento de la comisión del hecho (artículo 17). En este caso el juez puede ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo sean la mitad de los establecidos como pena de prisión respecto del delito de que se trate, pero en ningún caso la medida podrá exceder de siete años (artículo 15).

El internamiento puede ser aplicado como medida cuando concurran los supuestos que autorizan la privación de libertad por orden judicial durante el proceso, en este caso, que se trate de una infracción cuya pena tenga como mínimo dos años de prisión.

Por primera vez se prevé un minucioso procedimiento acusatorio para adolescentes infractores que incluye todas las garantías procesales y las hasta entonces inéditas instituciones procesales en la región como la conciliación para todos los delitos o faltas, excepto los que afecten intereses difusos (artículos 59 y siguientes).

Otra importante novedad introducida por la Ley del Menor Infractor es la figura del juez de ejecución de las medidas.

Costa Rica

La Ley de Justicia Penal Juvenil[26] avanza considerablemente sobre las disposiciones de la Ley del Menor Infractor. Si bien se denomina penal juvenil, no habla de responsabilidad sino que establece su aplicación para las personas que tengan una edad comprendida entre los doce y los dieciocho años no cumplidos que cometan hechos tipificados como delitos o contravenciones por el Código Penal o las leyes especiales (artículo 1). La ley distingue dos grupos etarios: entre doce y quince años, y entre dieciséis y dieciocho años no cumplidos.

Respecto de las personas menores de doce años prevé que los casos serán remitidos por los juzgados penales juveniles al órgano administrativo de protección a fin de brindar la atención y el seguimiento necesarios. Se establece la garantía de que en caso de que las medidas administrativas que se apliquen conlleven restricción de la libertad ambulatoria del niño, se deberá consultar al juez de ejecución penal juvenil, que las controlará (artículo 6).

La Ley de Justicia Penal Juvenil ya no habla de medidas sino de sanciones. Las sanciones privativas de la libertad, llamadas internamientos, se dividen en tres tipos. La más grave, el internamiento en centro especializado, sólo puede dictarse cuando se trate de delitos dolosos sancionados por el Código Penal o por leyes especiales con pena de prisión superior a seis años y en el caso de incumplimiento injustificado de otras sanciones. La Ley prevé un máximo para esta sanción de quince años para aquellos jóvenes entre quince y dieciocho años no cumplidos. Este es un máximo de privación de libertad que no tiene antecedentes en ninguna otra ley, ni anterior ni posterior a la Ley de Justicia Penal Juvenil. El máximo para los jóvenes comprendidos entre los doce y los

26. Nro. 7576 del 6 de febrero de 1996.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

quince años también es elevadísimo y sin precedentes: diez años (artículo 131). Se prevé no obstante la ejecución condicional de esta sanción, por un período igual al doble de la sanción impuesta.

Se prevé también el control de la ejecución de las sanciones. Esta parte será completada en el futuro con la aprobación del Proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, también nuevo en la región.

Anteproyectos y Proyectos

En cuanto a los Anteproyectos y Proyectos, Panamá y Chile cuentan con Anteproyectos de leyes que expresamente aluden a la responsabilidad penal juvenil.

En particular, el Anteproyecto de Panamá en su artículo 1 sostiene que la ley establece los términos y condiciones en que los adolescentes son responsables por las infracciones a la ley penal que cometieren. La ley habla de acto infractor como el hecho que viola la ley penal.

Trata de las personas entre catorce y dieciocho años de edad no cumplidos (artículo 7) y establece que los menores de catorce años no son responsables por las infracciones de la ley penal en que hubieren podido incurrir, en los términos de esta ley. Se prevé que en estos casos los Jueces de la Niñez y la Adolescencia serán las autoridades competentes que sólo aplicarán medidas reeducativas acorde con la responsabilidad social de las personas menores de catorce años de que se trate.

Se incluyen formas anticipadas de terminación del proceso como la remisión, la conciliación y la aplicación de criterios de oportunidad (artículo 67).

La ley también trata de las sanciones, previéndose la excepcionalidad de la privación de la libertad, en particular en su modalidad de reclusión en centro de cumplimiento. Esta última modalidad sólo puede ser dictada cuando se trate de algunos delitos en particular[27] o en el caso de incumplimiento injustificado de otras sanciones. La duración máxima en el primer supuesto es de cinco años y de cuatro meses en el segundo supuesto.

4. Comentarios finales

Los sistemas de responsabilidad penal juvenil incorporados en la mayoría de los países de América Latina a partir de los procesos de adecuación parcial o total de las leyes internas a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño han ido perfeccionándose a partir de la experiencia acumulada y en particular, a partir de que, en la región, la reforma de las leyes relacionadas con las personas menores de dieciocho años imputadas de la comisión de delitos ha tenido lugar conjuntamente con la discusión acerca de la reforma de la administración de justicia.

La participación de la víctima en el proceso, los métodos de solución alternativa de conflictos y el sistema acusatorio, entre otros, han sido paulatinamente incorporados en las leyes sobre adolescentes infractores de la ley penal, como garantías para el infractor y como respuesta a la sociedad que reclama una administración de justicia diferente, atenta a sus problemas,

27. Homicidio doloso, violación, secuestro, robo y tráfico de dogas (artículo 141).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

democrática, rápida y respetuosa de los derechos de todos y que en lo posible encuentre una solución real a los problemas sociales definidos como criminales.

Con el tiempo los textos legales han ido perfeccionándose desde el punto de vista técnico logrando un sistema compatible con los postulados del garantismo aplicado a las personas que tienen menos de dieciocho años que cometen delitos. Salvo alguna excepción que combina un excelente diseño procesal con un extremadamente grave plazo máximo de sanción de internamiento en centro especializado[28], que no es compatible con el postulado de brevedad de la privación de la libertad en un marco de protección integral, las leyes han transformado absolutamente la condición de los jóvenes imputados de la comisión de delitos en el sentido de un reconocimiento de su condición de sujetos y de sus derechos.

Estos sistemas tratan, a partir del reconocimiento de la condición de sujetos plenos de los niños y jóvenes por el orden jurídico vigente, en particular por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de vincular al adolescente con su acto infractor a través de diferentes formas e instancias. Excepcionalmente, esa atribución de responsabilidad tiene como consecuencia una reacción estatal coactiva. Aún más excepcionalmente, esa reacción estatal coactiva puede consistir en privación de la libertad.

En definitiva, los sistemas creados en América Latina hasta el momento no son sistemas de justicia juvenil en el sentido en el que tradicionalmente los han entendido el mundo anglosajón y continental europeo. Estos sistemas, a los que se llama de responsabilidad penal juvenil, sólo se refieren a los jóvenes o adolescentes -como sea que se los defina desde el punto de vista de las edades comprendidas- que lleven a cabo actos u omisiones descriptos como antecedentes de una sanción penal. En este sentido es importante señalar que pese a los avances que representan las nuevas leyes analizadas más arriba, en general todas incluyen en el sistema delitos y contravenciones. En el marco de la protección integral las conductas de los adolescentes que constituyan contravenciones no deben ser objeto de un sistema de responsabilidad como el aquí analizado. El hecho de la contravención podrá eventualmente dar lugar a la intervención de las instancias de protección siempre que los derechos de ese adolescente se encuentren amenazados o violados y nunca bajo la forma de una intervención estatal coactiva.

Este tema se relaciona con la exclusión de los niños de este sistema. La exclusión debe ser absoluta en el sentido de que el Estado renuncia a intervenir coactivamente en la vida de un niño en razón de la comisión de un delito cualquiera. Una vez más, si alguna intervención tiene lugar, ésta deberá basarse en una situación de amenaza o violación de derechos que no puede presuponerse en el caso de que un niño esté involucrado en conflictos sociales definidos como criminales. Obviamente, esta intervención no podrá tener carácter coactivo.

Son entonces los jóvenes o adolescentes los sujetos de este sistema, que trata de encontrar una solución al conflicto jurídico penal originario a través de la aplicación de criterios de oportunidad, de la conciliación, de la remisión, la reparación del daño, entre otros; y, en caso de que ello no sea posible, prevé sanciones por parte del Estado dentro de las cuales la privación de la libertad

28. Se trata de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

es una respuesta alternativa, excepcional, limitada en el tiempo y breve, que se aplica a hechos excepcionalmente graves y violentos. De ahí que las leyes más modernas prevean expresamente sin dejar lugar a interpretaciones cuáles son los delitos que pueden acarrear llegado el caso una sanción privativa de la libertad para un adolescente infractor.

En relación con las formas anticipadas de terminación del proceso, o con las formas de derivación del caso a instancias no judiciales, es importante reiterar que en caso de que esas soluciones impliquen la adopción de alguna medida que corresponde a las sanciones juveniles o medidas socio-educativas, deberá procederse con sumo cuidado a fin de no afectar garantías básicas del joven infractor[29]. El consentimiento en estos casos y la asistencia letrada constituyen dos elementos fundamentales.

La lógica es siempre la misma. Si el Estado renuncia a intervenir coactivamente, entonces el episodio no implicará ninguna modificación ni intervención en la vida del joven y de su familia. Si existe alguna modificación o intervención estatal (en sentido amplio) entonces debe recurrirse a todas las garantías para que esa intervención sea realizada en un marco de legalidad.

Así como las medidas de protección deben -y de hecho han sido- claramente separadas de un sistema de este tipo, las medidas cautelares también requieren una regulación minuciosa. Debe ser claramente establecida su finalidad cautelar y los supuestos que entonces justifican su dictado, y deben existir diferentes medidas a fin de que la excepcionalidad en este tema opere no sólo en relación con el dictado de la medida cautelar -a fin de compatibilizar el sistema con el estado jurídico de inocencia- sino también en relación con la privación de la libertad como medida cautelar.

En relación con el proceso, debe preverse expresamente que en caso de ser posible llegar a una solución del conflicto originario, en todo momento las partes puedan sentarse a intentar un arreglo conciliatorio.

También debe preverse la cesura del debate, como en el caso de Guatemala, de modo de diferenciar claramente la discusión en relación con la responsabilidad por el hecho, de la discusión en torno de la sanción o medida a aplicar, en donde las circunstancias personales y de mayor o menor vulnerabilidad del joven infractor sólo puedan operar como un correctivo que disminuya el reproche por el hecho.

En cuanto a los actores procesales, la circunstancia de contar con un Ministerio Público Fiscal especializado en la materia en algunos casos ha debilitado la figura del defensor, en particular del defensor público en estos sistemas. Es importante sobre este punto insistir con que la garantía de defensa se integra tanto por el nivel de la defensa material cuanto por el de la defensa técnica, que no puede ser suplido por un fiscal por más respetuoso que sea de la legalidad y de los derechos del joven infractor. En general en los sistemas de

29. Un problema que aparece reiteradamente en el trabajo con los equipos técnicos es el relacionado con la adopción de la libertad asistida en estos casos en los que no existe juicio ni debido proceso, sino una solución anticipada (remisión por ejemplo). Técnicamente el adolescente no ha sido encontrado responsable del hecho imputado; sin embargo, al ser sometido a un programa de libertad asistida que se basa en su presunta responsabilidad, los equipos técnicos se encuentran frente al problema de tener que discutir la responsabilidad del joven en el hecho -que no ha sido judicialmente determinada- para definir el plan a seguir.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

responsabilidad penal juvenil vigentes la revalorización del rol del defensor sigue siendo una tarea pendiente.

Las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal realizada por un adolescente son en este sistemas sanciones. Por ese motivo deben ser establecidas por tiempo determinado en función del hecho cometido. Las circunstancias personales, como se señaló en el párrafo anterior, sólo pueden operar para reducir la gravedad de la sanción a imponer. En este sentido, los fines de reintegración o integración social del joven declarado penalmente responsable no pueden anteponerse al reproche por el acto.

A fin de que se hagan efectivos los principios de excepcionalidad y brevedad de la privación de la libertad, deben establecerse supuestos taxativos de aplicación que remitan a los delitos cuya gravedad se expresa en que están reprimidos con penas severas en el Código Penal, y debe eliminarse el supuesto de incumplimiento de otras sanciones. Asimismo, debe establecerse un máximo de duración de la privación de la libertad en centro especializado que no exceda del mínimo previsto para esos delitos graves.

Los sistemas de responsabilidad penal juvenil descriptos en este trabajo han sido recientemente implementados, por lo que el análisis se ha limitado a la formulación del sistema en los textos legales. En un momento no lejano, debería analizarse de manera minuciosa la implementación a fin de introducir los ajustes que sean necesarios. Por cierto, la reforma de las instituciones que implica todo proceso de reforma legal en materia de infancia y juventud que en muchos países es una tarea pendiente -reforma institucional, creación de programas, desinstitucionalización, participación de la comunidad, etc.- tiene un impacto directo en la implementación de estos sistemas; en tanto esta reforma y adecuación no tenga lugar, no podrá seriamente hablarse de la existencia de un sistema de responsabilidad penal juvenil en el marco de la doctrina de la protección integral de derechos.

Algunas posiciones sobre este tema plantean que desarrollar sistemas de responsabilidad penal juvenil resulta una innecesaria expansión del ámbito de lo penal, dado que los grandes problemas sociales que serían materia de un derecho penal reformulado no pueden hoy -como tampoco en el pasado-, ser seriamente enfrentados por la justicia criminal. Además, no son estos los hechos en los que se ven habitualmente involucrados jóvenes o adolescentes. Sin embargo, estas posiciones no ofrecen una respuesta concreta a los problemas sociales que implican conflictos y sufrimientos que son definidos como delitos cuando son cometidos por adolescentes. Ello en muchos casos conduce a soluciones aún más lesivas de derechos (las llamadas soluciones “blandas”) que las representadas por los sistemas de responsabilidad penal juvenil.

Al mismo tiempo, un sistema de responsabilidad penal juvenil enmarcado en la doctrina de la protección integral de derechos sólo tiene sentido si su formulación no queda solamente reducida al tema del reconocimiento de las garantías, a la reducción del ámbito de lo penal o a su abolición. Es que no se trata solamente de la asociación de los más débiles (frente al infractor o frente al Estado) contra los más fuertes (en el conflicto originario y en su posterior derivación a una agencia estatal) sino de la construcción de relaciones sociales y condiciones de vida que pongan a los niños y a los jóvenes al margen de la realización de los comportamientos no deseados que provocan sufrimiento real.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En definitiva, "la cuestión de fondo (...) es que los procesos de construcción democrática, de legitimación racional del poder político y de aumento de un tipo de control social fundado sobre la capacidad de autocontrol de los individuos, son todos procesos íntimamente vinculados. El problema del control social no es un problema que se pueda eludir, así como Foucault ha recordado, no se puede eludir el problema del poder. Sólo se puede intentar cambiar la forma, y el fundamento de legitimación, del "exterior" del individuo y autoritario (o sea monista), al "interior" y democrático (o sea pluralista), con la esperanza -sólo la esperanza- de que tales cambios constituyan la aproximación más cercana concedida a los seres humanos de la idea de 'libertad'"[30].

30. Mellossi, Darío, "Ideología y derecho penal, garantismo jurídico y criminología crítica: nuevas ideologías de la subordinación", en Revista *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, A/1996, página 83.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Aproximación al problema de la extensión de los efectos en amparos por derechos de incidencia colectiva

Ezequiel Nino *

INTRODUCCIÓN

La incorporación del párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional, en el año 1994, generó una situación de desorganización jurídica en torno a la extensión de los efectos que ha de otorgarse a acciones allí contempladas, de las que creo aún no se ha tomado conciencia.

El texto constitucional dice expresamente: «podrán interponer esta acción[1] contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización».

Este trabajo tiene por intención mostrar este cuadro de situación actual y exponer algunas ideas que permitan pensar en una aplicación más eficaz del texto incorporado por la reforma de 1994.

POSICIONES PREVALECIENTES

De acuerdo a lo decidido por las sentencias registradas sobre el tema y las expresiones presentadas por las opiniones doctrinarias dominantes, lo que se habría proclamado, de esta manera, es lo que se llama «amparo colectivo».

Se ha descartado de plano que se haya querido incluir a la acción popular[2]. En la acción popular, cualquier particular puede presentarse a reclamar la restauración de un derecho vulnerado. En principio, ello sería acertado, pues la mención de la exigencia de la existencia del afectado parece limitar esa posibilidad. Además, estas acciones protegen el interés general, mientras que el texto constitucional indicaría que se ha intentado proteger intereses *supra* individuales o de grupo[3].

La acción de clase, por su parte, es un mecanismo que está lejos, como se verá en la descripción del estado de situación, de lo que se ha venido diciendo, en los años posteriores a la reforma constitucional, acerca de los derechos de incidencia colectiva[4]. Las acciones de clase son procesos en los que se litiga

---

* Abogado, Universidad de Buenos Aires, 1996; alumno de la Maestría en Derecho en la Universidad de Palermo; integrante de la Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo desde 1997.

1. Acción de amparo.
2. Entre otros, Rivas, Barra, Gozaíni y Cassagne.
3. De cualquier forma no debe cerrarse tan pronto esta discusión.
4. Según Barra, el caso *Ekmekdjian* fue una acción de clase. Pero sostiene que esta jurisprudencia de la Corte no podría ser repetida luego de la reforma constitucional, ya que la defensa de los derechos de incidencia colectiva queda limitada al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones autorizadas para ello por la ley. «Es decir, se trata de un criterio más restrictivo, que no admite la actuación discrecional del juez, como ocurre, en cambio, en el derecho norteamericano y se encuentra en la sustancia -en lo que al punto se refiere- del caso *Ekmekdjian*». "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", *LL*, 1994-E, página 1087.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en defensa de grupos de personas que se encuentran en situaciones materiales similares, garantizando que los derechos personales no queden afectados sin previa notificación acerca del proceso[5].

En conclusión, como expresa Saux, pareciera -en una primera aproximación al tema- que se ha prescindido de la acción de clase y de la acción popular[6].

ESTADO DE DESORIENTACIÓN LUEGO DE LA REFORMA

¿Cómo han receptado los tribunales este «amparo colectivo», con relación a los efectos de cada una de las sentencias? Lo que sigue es una muestra de la disparidad de criterios adoptados por la jurisprudencia.

El tema del rebalanceo telefónico es el mejor ejemplo de los inconvenientes que generó y que, sin duda, seguirá generando la aplicación de la cláusula constitucional, en función de la vieja legislación de amparo (ley 16.986, sancionada en la década del '60) y de la actual organización de justicia.

Para la Sala III de la Cámara Contencioso-Administrativo de la Capital Federal, la reforma de la Constitución Nacional reconoció la existencia de nuevos derechos que pueden ser globalmente caracterizados como de incidencia colectiva y les otorgó protección jurisdiccional. De acuerdo a esa decisión, la nueva norma produjo un impacto en el ámbito del proceso. «Este impacto trasciende los aspectos vinculados con la legitimación y alcanza tanto a los sujetos que pueden integrar la *litis* como a los alcances de la sentencia». Con cita del miembro informante de la mayoría en el debate por el tema en la Convención Constituyente de 1994, expresó que la cosa juzgada en el amparo debe ser extensiva porque el tema con que opera la norma interesa a muchos, y de nada valdría que lo decidido sólo alcanzara a quien plantea el caso[7]. Por lo tanto, otorgó efecto *erga omnes*, para todo el país (sic), a la sentencia que, a pedido del Defensor del Pueblo de la Nación, disponía la suspensión del nuevo cuadro tarifario, dispuesto por el Decreto Nº 92/97[8]. La crítica que corresponde hacer a esta decisión es que no tuvo en consideración la posición de los consumidores a los cuales les convenía la modificación de las tarifas.

En cambio, en Mendoza, en el caso *Prodelco* contra Poder Ejecutivo Nacional», en la que una asociación de consumidores cuestionó el mismo decreto, los jueces actuantes -el juez titular del Juzgado Federal de primera instancia de Mendoza Nº 2 y los integrantes de la Sala A de la Cámara Federal de esa provincia- dejaron constancia que la medida precautoria que ordenaban -también la suspensión del decreto-, quedaba restringida al ámbito de actuación de Prodelco y a la jurisdicción territorial del tribunal. A una aclaratoria de Telefónica de Argentina, el juez de primera instancia respondió que los alcances territoriales de la sentencia se limitaban a la provincia de Mendoza. A pesar de que también lo había solicitado la demandada, no aclaró que quiso decir con el término «ámbito de actuación» de la asociación de consumidores.

---

5. Bujosa Vadell, Lorenzo-Mateo, "El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América", *Revista Justicia* 94, número 1, Barcelona, página 69.

6. Ver, "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional», en "Derecho Privado en la Reforma de la Constitución Nacional", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 1994, página 124.

7. Diario de Sesiones, página 4179.

8. CNº 15.499/97, *Defensor del Pueblo contra Estado Nacional sobre amparo*.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En Córdoba, el titular del Juzgado federal Nº 1 hizo lugar a un amparo presentado por un particular, a quien lo beneficiaba la aplicación del decreto 92/97, y declaró la constitucionalidad de dicho decreto[9]. Más allá de señalar la dudosa técnica jurídica de ese fallo, éste demuestra la posibilidad de la coexistencia de decisiones contradictorias con efecto general.

En este tipo de actuaciones, en las cuales, los tribunales que emiten las sentencias pertenecen a provincias, la única forma de solucionar el conflicto es la intervención de la Corte Suprema.

Hay casos que no presentan tanta dificultad, pues los intereses de los potenciales damnificados son más homogéneos y los efectos de la sentencia no traspasan la jurisdicción territorial del juez que la deba dictar. En este orden de ideas, la Sala IV de la Cámara Contencioso-Administrativo Federal confirmó una sentencia que hizo lugar a un amparo colectivo y declaró la inconstitucionalidad de una resolución del Ministerio de Obras Y Servicios Públicos. Esa resolución determinaba un redondeo del valor del cóspel de los subterráneos de la Capital Federal por encima de lo permitido[10]. El accionante era un pasajero de subtes, es decir, claramente el afectado del que habla el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional.

La posición de la Corte Suprema

Antes de entrar al razonamiento del Alto Tribunal, cabe recordar lo dicho por el Procurador General de la Nación, en el tema del rebalanceo telefónico, quien en la causa *Defensor del Pueblo contra Poder Ejecutivo Nacional*, sostuvo que el «escándalo procesal» del que se hablaba en esos días, con pronunciamientos judiciales contradictorios, era sólo aparente, pues nació de otorgar efectos *erga omnes* a cada uno de los pronunciamientos judiciales, cuando, en realidad, deben estimarse limitados a las partes litigantes en cada causa. Para ello se valió de la expresión latina *res inter alios iudicata aliis neque prodesse neque nocere potest*, la cual es, indudablemente, anterior a la reforma constitucional. El Procurador no reparó tampoco en que una de las partes, en uno de los litigios, era el Defensor del Pueblo de la Nación, quien tiene legitimidad procesal para actuar en defensa de los intereses de los ciudadanos, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 86 de la Constitución Nacional. Su interpretación, por el contrario, determina que si él es el accionante la sentencia tenga efectos sólo para su persona.

Pese a que Quiroga Lavié anunció que la Corte Suprema de Justicia de la Nación decretó la muerte del amparo colectivo, a pocos años de haber nacido[11], la posición de la Corte en el caso *Consumidores Libres*[12], aunque sin adoptar una firme posición respecto del tema, no es contraria al advenimiento de futuras acciones por derechos de incidencia colectiva. Dice el Alto Tribunal que, según la norma contenida en el artículo 43 de la Constitución Nacional, se reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos

9. CNº 116/97, *Tognarelli, Héctor Daniel contra Estado Nacional y Telecom S.A.*.
10. *Fernández, Raúl contra Poder Ejecutivo Nacional*, *LL*, 1997-E, página 535.
11. Quiroga Lavié, Humberto, "Réquiem al amparo colectivo", *LL*, 25 de junio de 1998.
12. *Consumidores Libres Cooperativa Limitada sobre amparo*, C. 1892.XXXI.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión que se intenta impugnar. La Corte (con votos de Nazareno, Boggiano, Vázquez, Moliné O'Connor y López) manifestó, expresamente, que hay una ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para requerir el amparo.

En diferente posición se inscribe Petracchi, quien en su voto concurrente en el caso *Prodelco*[13], asume, fundado en un pronunciamiento antiguo (caso *Yappert Surian* de 1987 de la Corte[14]), que la «sentencia basada en autoridad de cosa juzgada produce efectos solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en el juicio, es decir, dicha sentencia no puede aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos al juicio». Extraña postura de este ministro, pues es el que siempre ha sostenido las posiciones más progresistas dentro del ámbito del Alto Tribunal.

ALGUNAS IDEAS SOBRE EL PROBLEMA

Hay quienes se han acercado un poco más a la cuestión y han ofrecido algún punto de vista innovador.

Gozaíni[15], por ejemplo, además de plantear adecuadamente el problema, presenta un esquema para distinguir entre dos posibles soluciones, aunque éste no resulta convincente. Así, expresa que debe acordarse efectos de cosa juzgada material a los procesos donde la representación ejercida es indudable y no existe posibilidad alguna de fraude procesal. «Por ejemplo, las defensas por derechos o intereses propuestas por el defensor del pueblo, o el ministerio público o, eventualmente, por las asociaciones reconocidas». En la segunda parte de su pensamiento enuncia las circunstancias en las que habría que analizar más detalladamente la solución. «Si la acción es llevada adelante por un particular, una liga de asociados, un grupo heterogéneo, o, en síntesis, un agrupamiento de dudosa organización, la solución dependerá del enfrentamiento de varios principios jurídicos y lógicos: el principio de economía, de conservación de los actos jurídicos y de identidad pugnan por la extensión; el principio de libertad, de responsabilidad individual, de limitación de la cosa juzgada a las partes, propenden a la restricción de los efectos de la *res judicata* a los intervinientes en el proceso de que se trata»[16].

La primera parte de su idea, amén de tener complicada aplicación práctica, resulta inexacta, pues no es cierto que las acciones propugnadas por el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo tengan identidad con los derechos de los terceros. Ambos órganos ni siquiera tienen algún tipo de representación democrática que pueda llegar a formular una conclusión de ese tipo. La segunda parte no ha tenido en cuenta la posibilidad de que los derechos que se discutan tengan forzosamente efectos colectivos. Este es el caso de los bienes indivisibles. Lo que ocurriría, en su esquema, sería que distintos magistrados dictaran resoluciones contradictorias sobre la misma cuestión.

---

13. *LL*, 10 de junio de 1998.
14. CSJN, *Fallos* 310:2063, y *LL*, 1988-B, página 232.
15. Gozaíni, Osvaldo, *El derecho de amparo*, Buenos Aires, 1995.
16. Gozaíni, Osvaldo, *op. cit.*, página 145.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pese a la antigüedad del trabajo, bastante anterior a la reforma constitucional, Morello, Berizonce y Hitters intentan innovar sobre los efectos del amparo. Manifiestan que los alcances de la cosa juzgada o la oponibilidad de la condena «deben tener la potencia expansiva suficiente a tono con la materia que hace al contenido de la tutela jurisdiccional, sin perjuicio de autorizar el nuevo planteo de la misma acción, en un plazo que la ley fijará, cuando la sentencia denegatoria se funde en ausencia de prueba suficiente o falta de legitimación adecuada»[17]. Esta idea tiene la virtud de mostrar la preocupación por aquellos que no han participado del proceso.

Por su parte, en el mismo sentido, debe destacarse como un intento muy concreto de innovación procedimental, un pedido formulado por la parte actora en un amparo para la protección del ambiente. Así, en el caso *Schroeder, Juan y otros contra Estado Nacional y otro*, en la que se debatió el cese del funcionamiento de una planta industrial, los actores solicitaron que se llevara a cabo una audiencia pública. El juez rechazó la petición, en virtud de no estar contemplada en el régimen legal aplicable[18].

Zannoni cree que hay algo novedoso en todo esto, aunque no sabemos exactamente cómo debe aplicarse. Lo expresa de la siguiente forma: «la acción de amparo, así concebida, exige la expansión de los límites subjetivos de la cosa juzgada, quizá la integración de la *litis* con el Ministerio Público (o el defensor del Pueblo, si es del caso) y, eventualmente, restricciones a la posibilidad del desistimiento de la acción o del derecho. He aquí un verdadero desafío derivado del principio de conjunción de los aspectos colectivos e individuales que sintetizan las pretensiones»[19].

A su vez, Bidart Campos, sin avanzar lo suficiente en el tema, manifiesta que la legitimación de los sujetos habilitados reconocen capacidad procesal «a cada uno de los sujetos que menciona, sea para discernírsela individualmente a cada uno, sea para el caso de litisconsorcio activo; nunca para que si uno interpone la acción, quede negada la legitimación de los otros». Y continúa: «la legitimación a favor de las asociaciones merece verse como 'una acción de clase'»[20].

Este es el sentido en el que pretendo ir. No encuentro razón para descartar que se haya incorporado, a través de la reforma constitucional, la acción de clase en nuestro derecho.

Es indudable que el segundo párrafo del artículo 43 constituye una importante innovación en varios aspectos del régimen jurídico de nuestro país.

En primer lugar, la norma constitucional mencionada distingue entre derechos de incidencia individual y derechos de incidencia colectiva. Esto se lo ha reafirmado al facultar a personas distintas del afectado. Ambos tienen una naturaleza tan diferente que requieren de procedimientos distintos. Los procedimientos previstos para los amparos que protegen a los bienes individuales no pueden ser aplicables a la protección de los bienes colectivos. No han sido previstos para ellos y no se han probado eficaces[21].

---

17. Morello, Berizonce y Hitters, *La justicia entre dos épocas*, La Plata, 1983, página 233.
18. *LL*, 1997-E, página 805.
19. Zannoni, Eduardo, "La reforma constitucional y la protección de los intereses difusos", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nº 7, Santa Fe, 1994, página 110.
20. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo VI -La reforma-, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.
21. Esto es lo que se ha intentado probar en la primera parte de este trabajo.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En segundo lugar, puede decirse también que hay un cambio en el control judicial de constitucionalidad en nuestro país. Hasta la reforma, existía un control limitado a las partes que intervinieran en el litigio[22]. Esto ha sido reconocido por la propia Corte en *Prodelco*. Ello significa que un magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de una norma y esa decisión puede afectar a toda la población. Hasta ahora todo el planteo efectuado por quienes argumentan que los jueces no tienen legitimidad democrática como para encarar las trascendentales cuestiones valorativas, ya que no son elegidos por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él[23], perdía entidad frente a la circunstancia de que estas decisiones tenían alcance individual. Desde ahora, ese debate gana trascendencia.

Por ello, entiendo que la única opción para garantizar la efectiva protección de los derechos de incidencia colectiva y, a su vez, evitar la desprotección de aquellas personas a quienes va a afectar la decisión judicial y no vulnerar el derecho de defensa en juicio, consiste en la modificación, para esos derechos, de los procedimientos vigentes.

Lo que debe resaltarse, de lo que hasta aquí se ha venido diciendo, es que, a partir de ahora, existirán litigios en los cuales estarán en juego los intereses colectivos de sectores de la población -los que pueden ser enormemente amplios-. Resulta claro, a mi entender, que esos procesos deberán ser únicos (es decir, deberá existir un único litigio en el cual se decida el tema objeto de controversia) y deberán estar instituidos de las máximas garantías para los potenciales afectados por la decisión. Ello se logra, primero, con una debida notificación a los miembros de la clase a la que afectará el juicio y, segundo, con el derecho de participación para quienes deseen hacerlo, más allá de que haya alguna asociación involucrada o está participando el Defensor del Pueblo.

Y ante estas afirmaciones, el proceso que mejor se adapta a lo que se intenta obtener es la acción de clase. Es un proceso en el cual se sabe que se definirá una cuestión vinculante hacia los miembros de una clase y tiene actos procedimentales que permiten un conocimiento público (esto se hace a través de notificaciones -que pueden ser personales o generales-). Además, de ello, como dice Bujosa Vadell, en acciones colectivas debe garantizarse la *judicial fairness*[24] a los miembros ausentes, «antes de que éstos queden vinculados por la decisión judicial que resuelva sobre las cuestiones comunes». «A la luz de los principios constitucionales, con antecedentes en el *common law* inglés, se exige que los derechos personales no queden afectados sin previa notificación de la pendencia del proceso ni sin que se le dé a la persona afectada la oportunidad de ser oída por un tribunal competente»[25].

La Corte Suprema dio en el caso *Ekmekdjian contra Sofovich*[26] un buen ejemplo de cómo aplicar mal la acción de clase[27]. Declaró que como el efecto

22. Además de ello, el control está limitado a un caso contencioso, ser *a posteriori* y a cuestiones judiciales y no políticas.

23. Ver, entre otros autores, Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, páginas 682 a 688.

24. Es decir, un juicio justo para su persona.

25. Bujosa Vadell, Lorenzo-Mateo, *op. cit.*, página 69.

26. CSJN del 7 de julio de 1992.

27. En realidad, debe decirse, en contra de lo que dice barra, que esa sentencia no introdujo la acción de clase.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

reparador, que la sentencia proyecta, alcanza al conjunto de quienes pueden sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, «y a los fines de evitar que el derecho postulado se convierta en un multiplicador de respuestas interminable», debe conferirse a quien acciona una suerte de representación colectiva que signada por la regla de la 'preferencia temporal'», con lo cual quien llega primero satisface su postulación y la de todos los que, como él, ostenten similar interés[28]. Esto, obviamente, vulnera el derecho constitucional a la defensa en juicio.

Como todo instituto foráneo que se intente adaptar a nuestro sistema jurídico, la acción de clase, tal como funciona en otros países, debe pensarse como un punto de partida para obtener un modelo que sirva a los intereses de nuestro medio. A modo de ejemplo, entiendo que un proceso de estas características debería permitir la adecuada participación de aquellos integrantes de la clase que disientan con la petición presentada, lo cual no pareciera estar solucionado en el modelo norteamericano[29]. De todas formas, el problema es tan incipiente que resulta prematuro el análisis de este tipo de cuestiones.

A modo de conclusión final, debe señalarse que es notable el atraso que sobre la cuestión, lleva la legislación y la jurisprudencia. La acción de clase está entre nosotros -gracias a la reforma de la Constitución- y muchos aún no se han dado cuenta.

28. Saux, *op. cit.*, página 143.

29. Según Bujosa Vadell, *op. cit.*, página 85, en Estados Unidos se permite el ejercicio del *opting out*, es decir, aquéllos que no están conformes y sean miembros del grupo implicado pueden manifestar que no desean quedar vinculados por la resolución y, así, la acción puede quedar limitada a los partidarios del proceso. Sin embargo, de esta forma se puede reducir tanto el grupo que no cumpla con las condiciones establecidas por la legislación.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Comentarios a decisiones judiciales

Los Grandes fallos de la actualidad *

Por Agustín Gordillo **

1. Un punto de inflexión en la historia

El año 1997 -y en parte 1996- fue de importantes cambios en el derecho constitucional, internacional, procesal, penal y administrativo a distintos niveles: supranacional[1], federal, local[2].

Puede considerárselo un año *casi* tan importante -pero no tanto- como lo fueron los de la suscripción del Pacto de San José o la reforma constitucional de 1994: ello por el efecto sinérgico de los fallos y actos procesales que se verá y la vigente Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)[3], más la suscripción de la convención internacional contra la corrupción[4]. Es

---

* Versión corregida del artículo publicado en *LL*, 1997-F-1318, bajo el título "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia". El título de esta nota, por supuesto, lo tomamos prestado de Long, M., Weil, P., Braibant, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7° edición, París, 1978. Es un gran cambio, después de lamentarnos tanto de la jurisprudencia: "Facultades reglamentarias de la Corte Suprema y remuneración e independencia de los magistrados", *LL*, 1996-E-90 y siguientes; "Para la patria pleitera nada; a los demás, algo", diario *Ambito Financiero*, 10 de julio de 1996, página 16; "El sorteo de causas y otros dilemas forenses de hoy", *LL*, 1996-D-96; "Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997, n° 227, páginas 5 y siguientes.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires, 1959; Doctor en derecho y ciencias sociales, 1960; Master en derecho orientado al Derecho Internacinal de los Derechos Humanos y al Derecho Constitucional de la Universidad de Michigan. Profesor Titular Regular de las cátedras de *Derecho Administrativo* y de *Derechos Humanos* en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

1. Por la múltiple circunstancia de haberse ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción y depositado el instrumento en la OEA, con lo cual tiene vigencia internacional, y firmada la convención internacional que veremos al final de este comentario, con más la necesaria aplicación de la jurisprudencia internacional (*Giroldi*, *LL*, 1995-D-462*; Bramajo; Arce*, *LL*, 1998-A-326) y la palabra de nuestros representantes, como se ha dicho en *Arce* .

2. En el ámbito local cabe destacar en primer lugar la entrada en funcionamiento del Consejo de la Magistratura en la Provincia de Buenos Aires y el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires; Provincia que con sus más de doce millones de habitantes representa una parte sustancial del país. El Código establece el moderno principio de la unidad de acción y pluralidad de pretensiones y da amplias facultades al tribunal tanto en medidas cautelares como en la sentencia, siendo al propio tiempo muy flexible en cuanto al proceso, que puede iniciarse como sumario y ordinarizarse y viceversa.

3. Ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, Parte general, 5° edición, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 1998, capítulo XVI (también se lo puede consultar en www.gordillo.com).

4. Ver *infra*, número 13.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cierto que hay algunos puntos negros en el camino, pero quedarán como accidentes de la historia, sin alterar su curso[5].

Si bien los nuevos fallos nacionales son derivación razonada del Pacto y demás derecho supranacional y de la Constitución de 1994, es la primera vez que el conjunto de ambos sistemas comienza a dar frutos en la realidad del derecho viviente. Y cabe celebrar, dentro de todo, que no hayan pasado más de dos o tres años para que el nuevo orden jurídico comience a vivenciarse. Otras veces se tardó más.

2. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Desde 1997 la jurisprudencia nacional ha ido perfilando cada vez con trazos más seguros la aplicación del artículo 43 -segundo párrafo- de la Constitución en cuanto introduce como garantía federal el acceso a la justicia en virtud de un derecho de incidencia colectiva[6], que en primer lugar también incluye lo dispuesto en los artículos 41 y 42[7].

---

5. Es el caso *Nieva*, resuelto por la CSJN el 17-XII-97, *LL*, 29-XII-97, que interpretado restrictivamente como corresponde, niega legitimación a los diputados que invocan su sola calidad de tales y no la de usuarios afectados. La cuestión es simple: en otras acciones judiciales deberán abstenerse de invocar su condición de diputados como causal de legitimación, y utilizar la de usuario o afectado, si lo son (en materia de aeropuertos lo eran, pero al parecer no lo invocaron: CSJN, *Nieva*, considerando 24), y sumar alguna asociación de usuarios o usuarios directos para encuadrar claramente en el párrafo 2° del artículo 43. El tema de la legitimación en este caso está claramente expuesto en Padilla, Miguel, M., "Los poderes implícitos del Poder Judicial", *LL*, 1998-A-442; ver también, en otra variante crítica, Quiroga Lavié, Humberto, "La sentencia de la Corte Suprema en la causa de los aeropuertos. Clave para entender el desequilibrio institucional de los argentinos", *LL*, 1998-B-987.

6. Una primera aproximación al tema, ya superada por la jurisprudencia de 1997, puede verse en Gordillo, Agustín, "Derechos de incidencia colectiva", *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, páginas 274 y siguientes; Gordillo, Agustín, Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual, *RAP*, Buenos Aires, 1997, n° 227, páginas 5 y siguientes; ver también Barra, Rodolfo, C., "Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia", *ED*, 169-433; "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", *LL*, 1994-E-1087; "La discrecionalidad administrativa y su control judicial", *ED*, 146-829; Gozaíni, Osvaldo, "La noción de afectado a los fines de acreditar la legitimación procesal en el amparo", *LL*, 1996-D-1004; Cermesoni, Jorge, "Acerca de la acción de clase y los intereses difusos", en *Homenaje a Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, 1998. A menos de un año, ya la jurisprudencia ha evolucionado sustancialmente en el sentido marcado por la Constitución de 1994.

7. Esto incluye los bienes colectivos, como el precedente de la CCIV. Y COM., Azul, Sala II, 22-X-96, *Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella S.A. y otros*, en *LL*, Buenos Aires, año 4, número 3, abril de 1997, páginas 272 y siguientes; y *LL*, 1997-E-1640, con nota de Zavala de Gónzalez, Matilde, "Los daños morales y colectivos y su resarcimiento dinerario", páginas 283 y siguientes. A ello cabe agregar el citado fallo de la Sala IV en *Consumidores Libres*, 17 de octubre de 1997, *LL*, 1997-F-273. Y desde luego, si encuadramos en esta vía de los derechos de incidencia colectiva a los derechos de los artículos 36 y siguientes, entonces son extensivos al derecho de tratar de evitar judicialmente la corrupción administrativa los afectados, las asociaciones y el Defensor del Pueblo: Carello, Luis Armando, "La Convención Interamericana contra la Corrupción y el "derecho a la no corrupción", en *Defensoría del Pueblo, 50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, páginas 25 y siguientes. Ver también el final del presente artículo y el capítulo XVI de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, Parte general, 5° ed., 1998; otras ideas pueden buscarse en nuestro artículo "Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 182, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1994, páginas 8 y siguientes y sus remisiones.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ya había antecedentes en medio ambiente y otras materias[8] y, en particular, en *Ekmekdjian c. Sofovich* (1992)[9] y *Monges* (1996)[10], pero ahora la jurisprudencia se generalizó, ante una serie de medidas administrativas ostensiblemente lesivas al sistema constitucional; alguna ha sido revocada por la mayoría de la Corte (*Nieva*, *LL*, 29-XII-97), pero el sistema ha quedado cambiado para mejor. La defensa de algunos de los decretos de la época inicial del '90 y la falta de un control judicial eficaz en los primeros malos pasos, de pronto se volvió insostenible respecto a los nuevos actos en el nuevo entorno[11].

Lo que la sociedad de algún modo aceptó para el otorgamiento de la licencia telefónica ya no lo tolera para su postergación una vez vencida e incumplida, o para la renegociación de otras concesiones. Y hay un límite a lo que una mayoría de la Corte puede hacer con fundamento político y no jurídico, o aprovechando el error de táctica procesal de los diputados en encuadrar demasiado puntualmente su legitimación[12].

Tampoco es cierto que todos sus votos tengan naturaleza política; bien al contrario, entre los pronunciamientos que cabe celebrar del año está uno que precisamente deja sin efecto, aunque tardíamente, una errónea decisión de la instancia *a quo*: *Solá*. Y hay otros casos en que todavía los justiciables esperamos justicia, como es el de la intervención a la CNT *de iure* (*Consumidores Libres*, Sala V).

---

8. Para un análisis evolutivo de la cuestión ver las referencias del artículo citado en la nota 1 y nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 3° edición, Buenos Aires, 1998, capítulos II y III. Ver también Jiménez, Eduardo Pablo, *Los derechos humanos de la tercera generación*, Ediar, Buenos Aires, 1997, capítulo V.

9. CSJN, *Fallos*: 308:647; *LL*,1992-C-543; *ED*, 148-338, uno de cuyos considerandos señalaba que la sentencia tenía alcances para todos los posibles legitimados activos, por lo tanto con efectos *erga omnes*. Ver Quiroga Lavié, Humberto, "Ha nacido el amparo colectivo con motivo del derecho de réplica", *LL*, 2-IX-92.

10. CSJN, sentencia del 26-XII-96, *LL*, 1997-C-150: "dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro (...) [para] quienes (...) se hallaban ajenos al conflicto suscitado (...) En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos" (considerando 34º del voto mayoritario y 18 del voto concurrente del Dr. Vázquez).

11. El verdadero estado de necesidad, ya lo dijimos, fue de 1989 hasta 1992 a lo sumo; pueden encontrarse vestigios tardíos o sobrevinientes, pero no puede postularse como norma el apartamiento de la ley, la sustitución de la ley por decreto, la omisión de crear casi todos los entes reguladores, la acción de intervenir o disolver los pocos que hay, no hacer audiencias públicas y renegociar todas las concesiones y licencias, más aprestarse a dar nuevas en iguales condiciones. El campo estaba así sembrado fértilmente para un cambio jurisprudencial. Para el preaviso de lo que llegó ver los capítulos III, VII, VIII, y el capítulo VI del tomo 1 de nuestro *Tratado*, 1998; otros presupuestos en este mismo libro, capítulos I, V, VI y XI.

12. Pues al parecer omitieron invocar su calidad de usuarios del servicio y afectados como tales, y de sumar alguna asociación de usuarios y convocar al Defensor del Pueblo; prefirieron el camino, de difícil éxito, de invocar *exclusivamente* su calidad de *diputados*. Otro problema de su encuadre es que también hubiera resultado mejor hacer un juicio de conocimiento y no un amparo, dadas las restricciones jurisprudenciales a éste. Nuestra opinión al respecto es amplia, pero no es así la jurisprudencia. Ver en esto nuestro capítulo "Los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución", en el libro de Gordillo, Gordo, Loianno, Rossi, *Derechos Humanos*, 3º edición, 1998. Todo lo cual no importa una defensa del fallo, que elocuentemente censura Quiroga Lavié, Humberto, "La sentencia de la Corte Suprema en la causa de los aeropuertos. Clave para entender el desequilibrio institucional de los argentinos", *LL*, 1998-B-987; el tema de la legitimación en este caso está claramente expuesto en Padilla, Miguel, M., "Los poderes implícitos del Poder Judicial", *LL*, 1998-A-442.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Son dos órganos de control (Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, Comisión Nacional de Telecomunicaciones) de los que la administración privó a los usuarios y administrados, y ello no puede sino merecer reproche jurídico. No lo recibió oportunamente en Cámara, sí lo acaba de recibir en el primer caso en Corte.

El año 1997 se inicia con un amparo[13] por derechos de incidencia colectiva planteado por la CGT contra los decretos en materia laboral, sobre la base del referido párrafo segundo del artículo 43. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala de Feria[14], hace lugar a la demanda y declara la inconstitucionalidad de tales decretos. Por la calidad gremial de la parte actora el efecto de la sentencia es obviamente *erga omnes*, o todo el juicio y la propia Constitución perderían sentido.

Pero no es imprescindible hacer un amparo para defender derechos de incidencia colectiva, ni que sea una entidad gremial, sino que puede serlo por ejemplo una asociación en una acción meramente declarativa (CSJN, *Agueera*)[15]; y nada impide que sea un juicio sumarísimo, sumario u ordinario (Salas IV y V, *Consumidores Libres*)[16], pues no hay en ello lesión alguna a los derechos de la parte demandada.

La única excepción a esta latitud de vías procesales es la clásica de los casos en que la ley prevé un recurso directo ante una Cámara contra la decisión administrativa (que dicho sea de paso, ahora se comienza a abrir a prueba)[17]: ese y no el amparo en primera instancia[18] y ni siquiera la acción ordinaria[19], será el ámbito en el cual ejercer el derecho de incidencia

---

13. Hubo dos amparos y dos sentencias de primera instancia. El Juez de Primera Instancia García Martínez dictó el año de su muerte una sentencia que tiene valor testamentario: pues llevando al perfecto equivalente absurdo la tesis de algunos jueces de que pueden sin violar la Constitución rechazar *in limine litis* las demandas de amparo que creen no habrán de aceptar, hizo exactamente la contracara: en un solo acto decidió no dar traslado de la demanda porque sabía lo que la administración habría de contestar (en lo cual acertó) y dictó sentencia anulando los decretos (en lo cual también acertó con la decisión final de la Sala de feria en un amparo igual). La Cámara anuló su fallo por violación al debido proceso, pero de ser coherente el sistema *también debieran anularse todos los fallos que hacen lo mismo a favor de la administración*, que supuestamente debieran controlar en forma imparcial e independiente. El deliberado legado del absurdo que nos deja García Martínez no debiera ser desaprovechado para los absurdos contrarios que otros cometen y debieran dejar de cometer.

14. Morando, Guibourg, Guthmann, causa 17/97, *in re Confederación General del Trabajo de la República Argentina c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional*, 24 de enero de 1997, *LL*, 1997-B-332.

15. CSJN, *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)*, *LL*, 1997-C-322.

16. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. Sumarísimo*, 17-X-97, *LL*, 1997-F-273.

17. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, *Banco Regional del Norte Argentino c. Banco Central de la República Argentina*, *LL*,1997-D-667, con nota de Cassagne, Juan Carlos, *La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales directos*.

18. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Metrogas c. Enargas*, *LL*, 1997-D-249, con nota de Schafrik, Fabiana Haydée y Barraza, Javier Indalecio, *El amparo: estudio de su naturaleza, acción ordinaria o de excepción. Condiciones de admisibilidad. Reflexiones en torno de un pronunciamiento judicial*.

19. La solución es tradicional: Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, 5° edición, Parte general, Buenos Aires, 1998, n° 13 b), página VI-30 y nota con su referencia.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

colectiva en los actos respecto de los cuales la ley especifique dicha instancia[20].

Basta la calidad de usuario *potencial* de un servicio público para poder impugnar tales modificaciones al régimen de los servicios, por ejemplo el aumento del cospel de subterráneos de 0,47 a 0,50 (Sala IV, *Fernández*)[21]. Tampoco tiene sentido entrar en grandes disquisiciones sobre cuán "afectada" es una persona, ni pedirle que traiga un cospel (Sala IV, *Fernández*), o que un abogado demuestre su calidad de usuario telefónico aunque no tenga una línea a su nombre (Sala IV, *Youssefian:* los letrados de la administración cayeron en el ridículo de fotocopiar una página de la guía telefónica para "demostrar" que no era usuario telefónico)[22], o una persona su calidad de conductor o familiar de víctimas de accidentes de tránsito para pedir medidas de esta naturaleza (*Dalbon*, Juzgado Civil 54)[23], o invoque alguna discapacidad y en su virtud reclame por un amparo la realización de una obra pública (Sala V, *Labaton*)[24], o invoque su fe religiosa[25], etc.

El C.P.A.C.F. puede demandar por derechos de todos los miembros de la profesión (Sala III)[26], lo mismo que las diversas asociaciones reconocidas (Sala III)[27], lo que se interpreta con criterio amplio (Sala I, *Consumidores Libres*)[28].

En ese contexto es lógico que se admitan también las presentaciones *amicus curiae*, lo que así se ha hecho.

---

20. Como así se hizo en el caso de los recursos directos contra las decisiones de la Universidad, previsto por el artículo 32 de la ley de educación superior 24.521. En ese marco la Sala I dictó las sentencias con efecto *erga omnes* de los casos *Blas* y *Barsanti*: CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Blas Humberto Agustín c/ Universidad de Buenos Aires-Resolución 3214/95*, sentencia del 27-XI-97, *LL*, 1998-A-288; CNFed. Contencioso-administrativo, Sala I, *Barsanti, Agustina c/UBA (Universidad de Buenos Aires) resolución 2314/95*, sentencia del 20-XI-97, *LL*, 1998-A-293.

21. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, 5 de agosto de 1997, *LL*, 1997-E-535. Ello surge también de la ley 24.240 de defensa del usuario y el consumidor, cuyo artículo 52 los legitima judicialmente tanto cuando sus intereses se vean afectados como amenazados: "Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados *o amenazados*. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público".

22. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala IV, *Youssefian Martín c/ Estado Nacional–Secretaría de comunicaciones s/ amparo*, causa 22.776/97, sentencia del 6 de noviembre de 1997, *LL*, 1997-F-270. El mismo criterio deviene del fallo de la CSJN *in re Nieva*, *LL*, 29-XII-97, donde se indica que el exigido "perjuicio directo, real y concreto", puede ser "actual o en ciernes" (considerando 24).

23. Juzgado Nacional Civil N° 54, Ricardo Li Rosi, *Dalbon, Gregorio c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, *LL*, 1997-F-291, confirmado por la Sala B de la CNCivil.

24. Primera instancia, Dr. Silva Garretón, 6-XI-96, causa 21.000/96, segunda instancia Sala V, 25-XI-96.

25. El ya citado caso *Ekmekdjian*, CSJN, *Fallos*, 308:647; *LL*, 1992-C-543; *ED*, 148-338.

26. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala III, *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Sec. de Estado y Rel. de la Com. (Dir. Nac. de Migraciones) s/ amparo ley 16.986*, causa 6128/96, 17-IV-97.

27. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala III, *Centro Despachantes de Aduana c/ P.E.N. —Dto. 1160/96 s/ amparo Ley 16.986*, causa 30.710, 11-IV-97.

28. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala I, *Consumidores Libres*, 17-VII-97.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

También tiene legitimación amplia, por supuesto, el Defensor del Pueblo de la Nación, nada menos que a tenor del artículo 86 de la Constitución (Salas II, III y otras)[29]; aunque existen opiniones contrarias a reconocérsela en forma plena, lo cual nos parece contrario a la letra y el espíritu de los artículos 43 y 86 de la Constitución[30]. El pronunciamiento de la CSJN en *Frías Molina*[31], adverso a tal legitimación, quedó sin efecto luego de la denuncia del Defensor del Pueblo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[32], que llevó al dictado del demorado fallo *Chocobar*[33]. De persistir la Corte en su anterior criterio obviamente obligaría a un pronunciamiento adverso al país en los foros internacionales, lo cual no parece ser una tesitura que razonablemente adopte la CSJN, con los antecedentes de *Giroldi*[34] y *Arce*[35], que más adelante comentamos.

En este tipo de acciones por derechos de incidencia colectiva los efectos de la sentencia serán *necesariamente erga omnes*. Es verdad que ya había antecedentes en *Ekmekdjian* y *Monges*, como ya dijimos, y que también hay precedentes tutelando expresamente intereses o bienes colectivos[36], pero de todos modos cabe destacar la circunstancia de que finalmente se resuelva en forma categórica y expresa el efecto *erga omnes*. Es así como en los casos *Barsanti*[37] y *Blas*, fallados por la Sala I de la CNFed. Contenciosoadministrativo el 20 y 27 de noviembre de 1997[38], se resolvió lo expuesto aplicando la tesitura

---

29. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparo*, 4-II-97; *Nieva, Alejandro y otros c/ PEN Decreto N° 375/97 s/ amparo Ley N° 16.986*, Sala II, 26-VIII-97, punto 7°, *RAP*, n° 228, Buenos Aires, 1997, páginas 124 y siguientes, 126/7 y sus referencias; y en *LL*, 1998-B-546.

30. Para esa lectura distinta de distintos fallos ver Rossi, Alejandro, "El Defensor del Pueblo y el control de los servicios públicos privatizados", en *RAP*, n° 228, 1997, páginas 79 y siguientes, página 89.

31. *LL*, 1997-A-67, con nota de Quiroga Lavié, "Luz del Día, Sancho Panza y el Defensor del Pueblo en la Corte Suprema; Maiorano, La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación: De la Constitución a la Corte Suprema", *LL*, 1997-A-808; Quiroga Lavié, "El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia", *LL*, 1995-D-1058; Creo Bay, "El Defensor del Pueblo y su legitimación en sede judicial", *LL*, Actualidad, 26-III-96; Gozaíni, "Legitimación Procesal del Defensor del Pueblo (Ombudsman)", *LL*, 1994-E-1378; Cermesoni, *op. cit.*; nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, Parte general, 5° edición, 1998, capítulo XII, páginas 41 y siguientes; ver también capítulo XV, nota 107; capítulo II, 5.1. e) y notas 86 a 88.

32. *RAP*, Buenos Aires, 1997, n° 218, páginas 58 y siguientes.

33. Sentencia del 27-XII-96, DJ, año XIII, 1997-1, 749. La Corte no lo ha reconocido explícitamente, pero ese prurito es el mismo que tuviera la administración ante la Comisión Internacional de Derechos Humanos *in re Verbitsky c. Belluscio*, causa 11.012, sin que tampoco le sirviera para tapar el cielo con un harnero.

34. CSJN *in re*, *Giroldi*, 1995, publicado en la *RAP*, n° 215, Buenos Aires, 1996, páginas 151 y siguientes, con nuestra nota *La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales*.

35. CSJN, *Arce*, *LL*, 1997-F-696, con nota *Los derechos humanos no son para sino contra el Estado*.

36. Cciv. Y Com., Azul, Sala II, 22-X-96, *Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella S.A. y otros*, en *LL*, Buenos Aires, año 4, número 3, abril de 1997, páginas 272 y siguientes, y *LL*, 1997-E-1640, con nota de Zavala de González, Matilde, "Los daños morales y colectivos y su resarcimiento dinerario", páginas 283 y siguientes. A ello cabe agregar el citado fallo de la Sala IV en *Consumidores Libres*, 17 de octubre de 1997, *LL*, 1997-F-273.

37. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala I, *Barsanti*, *LL*, 1998-A-293.

38. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala I, *Blas*, *LL*, 1998-A-288.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de *Monges*[39] en materia universitaria: "no cabe duda que la Corte Suprema de Justicia autoatribuyó a su fallo efectos *'erga omnes'*" (considerando III, segundo párrafo).

Es que no hay otra opción razonable que el efecto *erga omnes* de la sentencia, y eventuales sentencias distintas se uniformarán en su caso por un plenario merced al recurso de inaplicabilidad de la ley, o por un fallo de la Corte. Pues es obvio que resultaría absurdo, teniendo una nueva Constitución con nuevos derechos y garantías de naturaleza colectiva, resolver que *decenas de miles* de estudiantes (no se olvide que una Facultad grande tiene más de *medio centenar de miles* de alumnos) hagan decenas de miles de juicios individuales que tendrán decenas de miles de providencias iguales y decenas de miles de sentencias iguales; o decenas de miles o millones de obreros litiguen por lo mismo, o decenas de miles de abogados por su profesión, *centenares* de miles o media docena de *millones* de usuarios por las tarifas de sus servicios públicos[40], una *treintena de millones* de creyentes por su fe, etc.

Todo ello violentaría el más elemental sentido común e impediría el acceso a una tutela judicial efectiva y razonablemente pronta. Además, harían falta decenas o centenas de miles de juzgados, lo cual es manifiestamente imposible al Estado realizar hoy. Y una Corte abarrotada con cien mil o más causas, como le ocurrió en materia jubilatoria.

También se ha admitido el derecho de una asociación de consumidores, o cooperativa (Sala I, *Consumidores Libres*), etc.[41], a que pueda iniciar, al amparo de la ley de defensa del consumidor 24.240, una acción de clase para la devolución a todos los usuarios de las ganancias de la licenciataria por encima de lo autorizado y previsto en el pliego de la licitación (Sala IV, *Consumidores Libres*)[42]. Si bien hay quienes se preguntan cómo funcionará en la práctica una sentencia de condena, hay ejemplos recientes difundidos en el propio país que ilustran suficientemente al respecto[43].

Es que todavía hay quienes se resisten a ver que es cuestión de sumar en cada caso más actores y más juicios, como se vieron obligados a hacer los usuarios telefónicos[44]: no es una discusión útil ni conducente a esta altura de

---

39. CSJN, *Monges*, *LL*, 1997-C-150.

40. Además, si la administración dicta actos *erga omnes* como un aumento tarifario, que la justicia no pudiera anularlo con iguales efectos si resultan contrarios a derecho desequilibraría totalmente el balance del poder.

41. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala I, *Consumidores Libres*, 17-VII-97, expediente 6627/97. El nombre completo de la causa es *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Prov. de Serv. Acc. Com. c/ E.N. –M° de E. y O.S.P. (Sec.Com. e Inver.), nota SICM 403/97 s/ amparo ley 16.986*.

42. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala IV, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. Sumarísimo*, causa 43.384/95, 17-X-97, *LL*, 1997-F-273.

43. Recordamos al efecto la página 21 completa publicada en el diario *La Nación* del 17 de noviembre de 1997, con la "Notificación del arreglo propuesto sobre el litigio entablado en representación de un grupo y de la audiencia del acuerdo final" y en www.kinsella.com/broin, con la indemnización por enfermedades producidas "por la exposición al humo producido por otros fumadores de cigarrillos en las cabinas de aeronaves".

44. Ver las notas "La revisión judicial de las tarifas y la acción de defensa del consumidor", *LL*, 1997-F-265; "La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva", *LL*, 1995-E-516; "Sorteando el artículo 43 de la Constitución Nacional", *LL*, 1996-B-517; "El usuario y la estrategia judicial telefónica", *LL*, 1996-B-520; "Las asociaciones de

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la evolución del derecho. No es cumplir fiel y lealmente con la Constitución de 1994, la única que tenemos.

El concepto de afectado es el que prima en materia de legitimación, y ha de ser interpretado con criterio amplio, o los legisladores deberán recurrir siempre en forma adicional a una asociación, al defensor del pueblo y a un usuario. Es un dispendio de energía a la sociedad que los tribunales de primera y segunda instancia nos evitan desde 1997. En todo caso, ya hace mucho que se ha abierto paso la idea de que los derechos individuales en muchos casos son al mismo tiempo colectivos, como ya surge de la OC 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[45].

Algunos se lamentan de que estamos abandonando la democracia representativa y adoptando figuras de democracia semidirecta[46]. La respuesta es que sí, cambió la Constitución en 1994 y ahora finalmente se empieza a cumplirla. La nueva Constitución incorporó en los artículos 36 a 43 *nuevos derechos y garantías*, y, *además*, a través de los *pactos internacionales* que la integran consagra entre otros el derecho ciudadano no solamente a la *elección* de sus representantes, sino también a la *participación* directa e indirecta en los asuntos públicos[47].

La respuesta es dos veces sí, estamos entrando en una nueva y superior forma de democracia.

---

usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad)", *LL*, 1997-C-322.

45. Esta situación se presenta en casi todos los derechos de incidencia colectiva, que encierran al mismo tiempo derechos subjetivos de los individuos, como ha sido reconocido en medio ambiente, libertad de prensa, etc. En este último caso y como dijo el camarista Cattani, "cuando se restringe la libertad de expresión de un individuo, no es sólo el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas", lo que ha llevado a sostener que es "*Un derecho de cada individuo, pero también un derecho colectivo*" (Verbitsky, Horacio, *Un mundo sin periodistas*, Planeta, Buenos Aires, 1997, página 231). "Por tanto cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo no sólo es el derecho de este individuo el que está violando sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas (...) Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto ésta requiere por un lado que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa por tanto un derecho de cada individuo pero implica también, por otro, lado, un derecho colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno" (Verbitsky, *op. cit.*, página 212).

46. Es la posición que asumen los letrados de la administración *in re Youssefian*, Juzgado de la Dra. Emilia Martha García, sentencia del 26-XI-97, tal como relata el punto III del pronunciamiento, confirmado por la Sala IV, *LL*, 1997-F-270.

47. Pacto de San José de Costa Rica, artículo 23.1; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos XIX y XX. Para un mayor desarrollo del tema, que genera más temores que serias dificultades, ver Gordillo, *Cauces de participación ciudadana*, en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, Madrid, 1970, Instituto de Estudios de Administración Local, tomo I, páginas 1057 a 1085; "La participación de los particulares en la formación del acto administrativo", en el libro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, *El derecho administrativo en Latinoamérica*, Bogotá, 1978, páginas 57 y siguientes; "Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina", en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselas, 1981, volumen XLVII-1981, número 2, páginas 126-132; "La participación administrativa", en el libro del Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares-Madrid, España, 1985, *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, páginas 199 a 211; reproducido en la *Revista de Direito Público*, n° 74, San Pablo, 1985, páginas 15 a 25, etc.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3. AUDIENCIA PUBLICA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Las salas del fuero federal en materia administrativa son ya virtualmente unánimes en reconocer la necesidad de realizar audiencia pública antes de dictar actos de trascendencia como la renegociación de una concesión o licencia monopólica, de sus tarifas, etc.[48] y también el Presidente de la Nación ha destacado la importancia de la audiencia pública como instrumento de prevención de la corrupción[49], lo cual tiene importancia jurídica por la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe, tantas veces invocados por la CSJN y el derecho internacional, además de constituir de tal modo una interpretación de una de las partes alcanzadas por la vigente CICC en cuanto a las medidas preventivas que ella ordena.

En el caso *Youssefian*, en que el actor quedó legitimado también en forma amplia, la sentencia de primera instancia en el amparo confirma el 26-XI-97 que la administración debe realizar audiencia pública para considerar una eventual prórroga de la exclusividad de la licencia. La no prórroga de la exclusividad es por lo demás la tesitura del Defensor del Pueblo de la Nación, que sostuvo el 29-X-97 que no se debía concederles la prórroga en atención a los comprobados incumplimientos reiterados y sistemáticos al pliego y demás obligaciones[50] .

El 10-XII-97 la CSJN realizó por primera vez en su historia una audiencia pública judicial: ocurrió en *Nieva*, el recurso de amparo interpuesto por legisladores y el Defensor del Pueblo contra la decisión administrativa de privatizar los aeropuertos sin marco regulatorio legal, ni audiencia pública previa en sede administrativa, ni ente de control organizado antes de ponerse en marcha la actividad. Aunque la decisión final el 17-XII-97 les negó legitimación, no cabe quitar valor a un fundamental avance procesal que cabe afirmar.

---

48. Ver *Adelco*, Sala III, *LL*, 1997-C-836; *Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo Nacional*, Sala III, 31-III-97, *LL*, 1997-E-506, con nota de Gallardo, Roberto Andrés, "Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración», páginas 6 y siguientes; ver también, Cincunegui, Juan de Dios, "Reflexiones acerca de las competencias para el dictado de regulaciones en materia de servicios públicos de gestión privada y el desenvolvimiento del control social (Un caso concreto: la modificación de la Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico)", en *RAP*, n° 222, 1997, páginas 138 y siguientes.

49. Menem, Carlos, "Corrupción y el doble ocaso de la impunidad", diario *Ambito Financiero*, 19 de noviembre de 1997, página 20: "*Podemos citar también, entre otros avances en el control,(...) la instrumentación de audiencias públicas*". Esto hace efectivamente al requisito de la publicidad en las contrataciones públicas, exigido por el artículo III, inciso 5° de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, como medida preventiva de la corrupción. En el mismo sentido habría dicho uno de sus ministros que "Hay medidas que antes de publicarlas hay que consultarlas", en otro contexto y alcance pero con el mismo significado objetivo (diario *Clarín*, 9-XII-97, página 4, Erman González).

50. Defensor del Pueblo de la Nación, actuación 14869/97, caratulada *Defensor del Pueblo de la Nación, sobre presunta solicitud al Poder Ejecutivo Nacional de las empresas Telefónica de Argentina S.A., Telecom Argentina S.A. y Telintar S.A., para que se extienda en 3 años el período de exclusividad en la prestación del servicio básico telefónico, resolución n° 5340/97*, 29-X-97, acompañada en los autos *Youssefian*, en que al igual que *Consumidores Libres* se presentó adhiriendo a la pretensión de la actora.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ese nuevo comportamiento también autoobliga a los miembros del tribunal a abandonar la práctica de las reuniones privadas[51] con una u otra de las partes (las reuniones *ex parte*, prohibidas e impensables en el derecho norteamericano) y recibir a todas las partes al mismo tiempo, en una audiencia conjunta, oral, contradictoria y pública, para mantener el principio de imparcialidad, igualdad y publicidad y de paso agregar la inmediación. Es un ejemplo a seguir por todos los tribunales, pues como dijo Brandeis, "La luz del sol... es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el mejor policía"[52].

En cualquier caso, es obvio que la audiencia pública tanto administrativa como judicial debe grabarse o videograbarse, y puede ofrecerse y usarse como prueba. Así lo ha hecho la Sala IV citando los *cassettes* agregados a la causa -u otra agregada *ad effectum videndi et probandi*- en diversos pronunciamientos.

4. Los privilegios de la administración no se aplican a sus concesionarios y licenciatarios

Los privilegios del título IV del decreto-ley 19549/72 no se extienden a los concesionarios y licenciatarios[53], los cuales no pueden entonces invocar -ni les resulta aplicable- falta de agotamiento de la vía administrativa ni los demás requisitos de admisibilidad de la acción dirigida contra el Estado.

5. Interpretación de los privilegios monopólicos. Ganancias sin límite objetivo alguno. *Call Back*, servicios en competencia

Ha sido trascendente en 1997 un pronunciamiento de la Corte Suprema denegando el recurso de queja de las licenciatarias por el fallo adverso de la Cámara en su reclamo contra el *call back: Telintar*, CSJN, 22-IV-97[54]. Ello confiere firmeza al fallo de segunda instancia que recuerda la sempiterna jurisprudencia nacional y extranjera conforme a la cual los derechos de los concesionarios y licenciatarios monopólicos se interpretan *restrictivamente*[55].

---

51. En las reuniones privadas parece que hasta intentan extorsionar a algunos ministros, según habría denunciado uno de sus miembros. Eso no ocurre en las audiencias públicas: debería aceptarse la existencia de una -aquí nueva- norma de ética, la de no recibir en privado a ninguna de las partes y en caso de requerirlo éstas o ser conveniente para mejor proveer, llamar a *todas simultáneamente a audiencia pública*. Como lo hizo la Corte en 1997, aunque el resultado fuera adverso: ello no quita el mérito del procedimiento previo.

52. Citado por Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Boston y Toronto, 1976, página 127.

53. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. Sumarísimo*, Sala IV, 17-X-97, *LL*, 1997-F-273, citando *Caplan, Ariel R. c. Telefónica de Argentina S.A. y otros*, *LL*, 1997-F-277.

54. CSJN, *Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A. y otros c. Comisión Nacional de Telecomunicaciones*, *LL*, 1997-C-320, con nota "Las ganancias sin límite objetivo alguno". Los dos votos de Corte pertenecen a magistrados que habitualmente integran el voto mayoritario (Boggiano y Vázquez), lo que permite razonablemente inferir un resultado similar en una votación plena. El fallo de la Cámara en *Telintar* se publicó en *LL*, 1995-A-220, con nota que aquí reproducimos en el capítulo III.

55. Es el fallo de la Sala IV en la misma causa *Telintar*, *LL*, 1995-A-220, con nuestra nota *La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios*, reproducidos como capítulo III de este libro.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pero además dos de los votos que rechazan la queja recuerdan e invocan adicionalmente la jurisprudencia del Tribunal en el sentido que "el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, *mas la utilidad justa y razonable que constituye su retribución; pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objetivo alguno* (doctrina de *Fallos*, 231:311; 258:322, considerando 6°; y 262:555, considerando 10º)"[56].

Es que, en suma, debe cuidarse "que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable"[57]; también el Consejo de Estado francés exige la *equivalencia honrada u honesta* entre las cargas y los beneficios[58]. La ecuación económico financiera de estos contratos nació o devino arbitraria, es decir inconstitucional[59]. Bien se comprende que entre el fallo de Cámara que queda ahora firme y definitivo y los dos votos de Corte (Boggiano y Vázquez), ya no pueden quedar dudas en el derecho argentino actual sobre la interpretación del alcance de los derechos y privilegios de las concesionarias y licenciatarias monopólicas.

En 1997, la Cámara determinó que el juicio por devolución a los usuarios de las ganancias excesivas (conforme los dos votos de Corte en cuanto al fondo), debía progresar en cuanto al trámite, sin adelantar criterio en cuanto al fondo: *Consumidores Libres* del 17 de octubre de 1997, *LL*, 1997-F, 273.

Igualmente en esta materia, la Cámara resolvió el 23-XII-96 que las empresas licenciatarias no pueden prestar servicios en competencia mientras detentan el monopolio[60].

6. El amparo desde otros ángulos

Sigue progresando el informalismo en el amparo por mora[61], que permite que se soliciten y obtengan cautelares en él e incluso se lo transforme en acción de amparo[62], como ya el nuevo Código Contencioso Administrativo de

---

56. El destacado es nuestro.

57. Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I, Parte General, editorial Depalma, Buenos Aires, 1977, páginas 453 y 454.

58. *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno León Blum, *Conseil d´État*, 21-3-1910.

59. Es lo que hemos sostenido en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, 5° edición, Parte general, Buenos Aires, 1998, página XI-34.

60. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Impsat S.A. c/ Estado Nacional –M° de Economía y O.S.P.- s/ amparo ley 16.986*, *LL*, 1998-A-239, con nota de Aguiar, Henoch, D., "Monopolio telefónico y servicios en competencia". Previamente tramitó en esta causa el amparo contra la resolución 100 del Ministerio, que autorizaba tales servicios, concluyendo con su nulidad (primera instancia 9-XI-95), y fue dejado sin efecto por la Sala IV el 21-XII-95 por falta de intervención de las licenciatarias. Reiniciada la causa, esta vez con su citación, el Juzgado del Dr. Marinelli dictó similar pronunciamiento anulando la resolución 100, el 27-V-96; la Cámara lo confirmó el 23-XII-96.

61. Del cual ya había precedentes, por ejemplo CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, *Rodríguez Fuchs*, *LL*, 1997-A-81, con nota "Informalismo y amparo por mora".

62. CNCiv., Sala M, *Kreutzer*, *LL*, 1997-F-244, con nota en contra de Gambier Beltrán, "Audacia sí, pero no tanta: un fallo que confirma una medida cautelar dictada en una acción de amparo por mora".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Provincia de Buenos Aires, con el principio de unidad de acción y pluralidad de pretensiones, admite tanto la sumarización del ordinario como la ordinarización del sumario.

También aparece un importante informalismo en el amparo: se ha resuelto que la solicitud verbal desde el lecho de enfermo internado, a que no le hagan una segunda amputación que no desea, es "una virtual petición de amparo" que debe acogerse a la luz del artículo 43 de la Constitución nacional[63].

Ya vimos también que el amparo, al admitir la legitimación de los derechos de incidencia colectiva, permite arribar a condenas de efectos *erga omnes*, como construir rampas para discapacitados[64], retirar carteles de la vía pública[65], etc.[66], y que tales efectos *erga omnes* también se producen en materia de actos generales de la administración.

7. MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Uno de los pasos que le faltaba a la tutela judicial efectiva en tiempo suficiente y razonable era el otorgamiento de medidas provisional o definitivamente anticipatorias de la sentencia de condena, o medidas autosatisfactivas[67]. Estas sí, desde luego, deben ser excepcionales, pero no inexistentes.

Se han producido novedades a este respecto tanto en el ámbito nacional como el provincial y parece razonable que se reiteren, por ejemplo en materia de enfermedades terminales o dolencias que requieren tratamiento inmediato[68], cobro de la jubilación pendiente la decisión que se adopte[69], discapacitación[70], imposibilidad de ejercer la profesión mientras se discute el ámbito de aplicación

---

63. *P., A.E.*, Juzgado Criminal y Correccional n° 3, Mar del Plata, *LL*, 1997-F-601, con nota de Lorenzetti, Ricardo, "Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos". Como era en la Provincia no existía limitación alguna de normas de facto. En el fuero federal, ¿le hubieran rechazado la petición por no ser conforme a la "Ley 16.986"? Es incomprensible que no advierta la judicatura que no puede más invocar esa normativa ilegítima, ni la Cámara caratular los expedientes con tales símbolos de ilicitud constitucional.

64. *Labaton*, Primera instancia Dr. Silva Garretón, 6-XI-96, causa 21.000/96, segunda instancia CNFed. Contencioso-administrativo, Sala V, 25-XI-96.

65. Juzgado Nacional Civil N° 54, Ricardo Li Rosi, *Dalbon, Gregorio c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, *LL*, 1997-F-291, confirmado por la Sala B de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones.

66. Otro ejemplo en el caso *Capella*, *Juris*, 81:555, que relata Barraguirre, Jorge, "La opinión del Juez Scalia y la interpretación del artículo 43 de la Constitución nacional (el concepto de "afectado")", *LL*, 1997-F-1273, nota 20, una condena genérica en materia ambiental.

67. Ver Morello, Augusto Mario, *Anticipación de la tutela*, Librería Editorial Platense, 1996, páginas 57 y siguientes; Peyrano, Jorge, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Depalma, 1981, "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", *LL*, 1998-A-968; Galdós, Jorge Mario, "Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva", *LL*, 1997-F-482, y las numerosas referencias tanto de los artículos como del revocado fallo que comenta.

68. Así en el caso *Squaglia, Norberto P. c. Ministerio de Salud y Medio Ambiente*, primera instancia firme, *LL* Litoral-Juris, Octubre de 1997, páginas 1007 y siguientes; en el caso se condenó a la demandada "a practicar al actor la angioplastía transluminal prescripta por el médico del hospital público, confirmando la medida cautelar despachada oportunamente" (página 1113).

69. CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, *Assorati*, causa 9.702/97, 18 de julio de 1997.

70. La nueva legislación en la materia seguramente habrá de dar lugar a medidas de esta índole.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del título[71], etc. En la desgracia de los actores, enhorabuena que la justicia los comprenda y suelte el lastre de sus preconceptos y otorgue estas medidas que adelantan el objeto mismo de la ulterior sentencia del amparo y luego se confirman o modifican en su caso por ésta.

Quedaría para pensar en los agravios irreparables a la sociedad por los casos de corrupción que lleguen a los estrados judiciales: bueno sería que dictaran medidas impidiendo su consumación, aunque importen una medida autosatisfactiva o una "virtual petición de amparo"[72]. Como si el país fuera un enfermo muy, muy grave.

8. Cautelares desobedecidas y sus consecuencias

Se dictaron media docena de fallos paralizando la licitación de los aeropuertos, pero la administración abrió igualmente los sobres con las ofertas, con una importante retracción de oferentes; el Procurador General de la Nación dictaminó que en estos casos los jueces carecen de jurisdicción y sus fallos deben ser anulados, por el ya mencionado tema de la supuesta falta de legitimación activa de los legisladores, si nos atenemos a los antecedentes preconstitucionales, que la Corte reiteró en *Nieva* (*LL*, 29-XII-97). Este fallo, político si los hay, tiene el efecto querido de solucionar la desobediencia judicial en este caso[73].

Curiosamente, algunos insisten en mencionar sin salvedad alguna, como si fueran normal derecho vigente, precedentes anteriores a la Constitución: como si sirvieran sin más para interpretar el texto de 1994 junto al plexo normativo de los tratados internacionales[74]. El año 1997 parece constituir un punto favorable de inflexión, al menos en la jurisprudencia de primera y segunda instancia.

En igual sentido cabe recordar el fallo *ADECUA c. Aguas Argentinas*, Juzgado de la Dra. Emilia Martha García, en noviembre de 1997, respecto a multas aplicadas por el ETOSS a la concesionaria para su devolución a los usuarios, lo que no acaeció; el Poder Ejecutivo condonó las multas por decreto 1167/97[75].

---

71. En este sentido CCivil, Comercial y Laboral, Rafaela, *Enrique De Tita, Daniela c. Colegio de Psicopedagogos de la Provincia de Santa Fe*, *LL* Litoral-Juris, octubre de 1997 páginas 1014 y siguientes.

72. Como en el caso *P., A.E.* ya citado.

73. No se tienen tampoco noticias de lo actuado en la Justicia Federal en lo Criminal y Correccional en virtud de otra denuncia por desobediencia judicial, efectuada en aquel caso por la magistrada María José Sarmiento, *in re Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ Amparo*, publicada en *RAP*, n° 222, Buenos Aires, 1997, páginas 174/5, y otras. Estos temas se están volviendo aquello que Estoup llamara "una cuestión de honor" de la justicia: ver *La revisión judicial de las tarifas y la acción de defensa del consumidor,* nota al fallo *Consumidores Libres Coop. Ltda y otro c. Presidencia de la Nación y otro*, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, *LL*, 1997-F-265.

74. Algo de eso ha llevado al comentario de Padula, Pablo Federico, cuando escribe "El regreso de los muertos vivos", *LL* Litoral-Juris, octubre de 1997, páginas 847 y siguientes, agregando que reaparecen "Aquellos cadáveres putrefactos que fueran enterrados por la reforma de 1994 y que luego a pesar de su muerte vuelven al escenario para atentar contra los derechos humanos" (página 850).

75. Entre los antecedentes puede verse Bilote, Eduardo S., "Análisis de la resolución N° 141 ETOSS/96", *RAP*, n° 222, Buenos Aires, 1997, páginas 126 y siguientes, quien habla de una situación de "incumplimiento casi generalizado de la concesionaria"; Cincunegui, Juan Bautista, "Ilegalidad del decreto N° 149/97", igual revista, páginas 132 y siguientes.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

9. Sustitución o modificación de los actos administrativos del C.P.A.C.F. y otros

Se ha reconocido el carácter de actos administrativos de las sanciones del C.P.A.C.F[76] y la potestad judicial de sustituirlos o modificarlos[77]; ya sabemos que se pueden ordenar conductas y obras públicas, como en el caso *Labaton*[78], y lo mismo ocurre en materia de servicios públicos por aplicación de la ley de orden público del usuario y del consumidor[79].

La CSJN enmendó en *Solá* y otros (noviembre de 1997) un viejo error de alguna Sala en no resolver la cautelar o el fondo favorablemente al actor, para evitar la desarticulación de órganos de control de la administración, cualquiera sea el argumento procesal utilizado.

Es curioso que haya sido la Corte, y no los tribunales de instancia, quien haya reparado el entuerto: lástima que es demasiado tarde para ser útil a la sociedad.

10. Ideas para el consejo de la magistratura y el *jury* de enjuiciamiento

El mismo caso *Solá* y su historia es con todo útil para proporcionar una guía a los nuevos órganos de la constitución y a la sociedad misma. Otros

---

76. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, *Fernández Duque Ricardo Julio c/ C.P.A.C.F.*, causa 19.045/96, 5-VIII-97.

77. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, *Cochlar Oscar Osvaldo c/ C.P.A.C.F.*, causa 3.725/97, 27-V-97, *LL*, 1998-C, 340; *Fernández Duque Ricardo Julio c/ C.P.A.C.F.*, causa 19.045/96, Sala II, 5-VIII-97. Con estas causas el C.P.A.C.F. perdió el "invicto" de que daba cuenta la *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, año I, número 3, julio de 1997, página 15, datos al 30 de marzo de 1997. Sin embargo, y como lo señala Juan A. Pardo en su nota "Ética profesional errónea interpretación judicial", *LL*, 1998-C-337, no parece que en la especie tenga razón la justicia sino el tribunal de ética profesional que aplicó la mayor sanción, que el poder judicial en cambio reduce: pero la posibilidad de modificar o sustituir es correcta.

78. En que se condenó al Poder Judicial de la Nación a construir rampas de acceso para discapacitados, Juzgado del Dr. Silva Garretón, 6-XI-96, causa 21.000/96, segunda instancia Sala V, 25-XI-96.

79. El artículo 37 de la ley 24.240 dice: "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: *a)* Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; *b)* Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; *c)* Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor". Continúa el mismo artículo 37 señalando que "*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor.* Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. *Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato*, si ello fuera necesario". En el caso de aumento de tarifas de servicios públicos, el juez puede así no solamente anular la nueva tarifa sino también restablecer la vigencia de la anterior, como ocurre cuando se anula por inconstitucional un aumento por sobre la tarifa precedente. La regla de que "la abrogación de una norma abrogatoria no hace renacer la norma abrogada" (Messineo) cede ante el principio de orden público nacional de la ley de defensa del consumidor, que establece la recomposición parcial de la relación jurídica declarando la nulidad de solamente una parte de ella. Igual solución encontramos en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, según cuyo artículo 50, inciso 1 la sentencia podrá decidir "El restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés jurídicamente vulnerado y la adopción de las medidas o actos necesarios a tales fines".

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tribunales de instancia no deberán ser nuevamente partícipes de la desarticulación de los órganos de control de la administración, algo tan grave como desarticular el poder judicial. Y menos aceptar días después el cargo de la entidad cuya desarticulación han cohonestado.

Sirva esa exageración al menos como lección de historia. Incorporemos al código de ética no escrito -pero que debe escribirse- de la magistratura, que ningún juez de Cámara o Corte puede renunciar al cargo y aceptar dentro de un año un cargo administrativo de dirección o responsabilidad política.

Dejemos las embajadas y los ministerios para quienes están en la carrera técnica o política, consideremos que un magistrado no puede mezclar su carrera judicial con otra, al menos por un tiempo razonable después de haber dejado la justicia. De otro modo su independencia queda comprometida. Aprendamos así del caso *Solá* lo que su historia enseña a quien la sepa ver. Es el *sapere vedere* medieval.

11. Participación decisoria en cuerpos colegiados

En cuanto a la participación de los administrados y usuarios en la gestión de los asuntos públicos, que mandan los pactos internacionales y el artículo 42 de la Constitución especifica para el caso de los entes reguladores de servicios públicos (otro aspecto incumplido de la Constitución), el voto de la mayoría en la Corte ha distinguido en *Mocchiutti* entre representación *política* (en el caso la de los estudiantes y graduados en el Consejo Directivo de las Facultades), que ha considerado no requerir idoneidad técnica, y la participación *técnica* en los concursos, que sí la necesitaría[80].

La solución mayoritaria no tiene sustento fáctico en negar representación de graduados y estudiantes en los concursos[81], pero tiene la virtud de admitir

---

80. CSJN, *Mocchiutti, Juan c/ U.N.C. s/contencioso-administrativo*, sentencia del 4 de noviembre de 1997, causa M. 884. XXVII, *LL*, 1998-C, 121, con nota de Caffereta, *LL*, 1998-C-119.

81. No tiene sustento fáctico pues nadie conoce de casos en que los estudiantes y graduados se hayan unido a una minoría de profesores para torcer el resultado de un concurso. Es postular la virtual insensatez de graduados y estudiantes y glorificar en exceso la capacidad técnica de los jurados (lo cual, ciertamente, no es un axioma apodíctico), todo ello sin fundamento fáctico alguno.

Su rol es distinto, primero son custodios éticos del concurso, que con sus preguntas a los profesores del jurado buscan resolver sus dudas y dar testimonio de la limpieza del procedimiento, la ausencia de desviación de poder, etc. Ya que la propia CSJN entiende no deber efectuar intromisiones en estos mecanismos de las universidades estatales, debiera al menos dejarles que apliquen sus propios mecanismos internos de control: el fallo es autocontradictorio en este aspecto, porque niega control judicial de lo resuelto pero anula el sistema universitario de control. Ahora se tornará más necesario aún efectuar una revisión judicial suficiente y adecuada del resultado, lo cual no hace alentar muchas esperanzas. Sin embargo, no es censurable el fallo en cuanto su razonamiento al menos proyecta a la hipótesis del artículo 42 la indispensable participación de los usuarios en la dirección del ente regulador, materia en la cual el Estado está en mora con la sociedad.

En esta causa en particular, llama además la atención que el actor cuestione a egresados (potenciales alumnos de post grado) y alumnos de grado, siendo precisamente un profesor o aspirante a profesor de psicología, que debiera tener -o aspirar a tener- experiencia en el relacionamiento con ambos. Es una autocontradicción reclamar que no lo juzguen en el concurso quienes habrán de juzgarlo a diario en su desempeño y son la razón de ser misma de su vocación docente. Si un profesor no puede superar la relación con los alumnos casi por definición no puede serlo. Esto también es falta de sustento fáctico del voto mayoritario.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sin ambages junto a la minoría la representación con voz y voto de los usuarios en los cuerpos directivos, criterio que previsiblemente se habrá de repetir entonces en el caso del artículo 42 y los entes reguladores de los servicios públicos.

Falta, eso sí, que se adopte a ese respecto soluciones que superen la mora legislativa, como ya lo hiciera esta Corte en *Ekmekdjian*.

12. El avance de los pactos internacionales

En el caso *Arce*[82] la CSJN ha resuelto, sin disidencias y siguiendo la jurisprudencia internacional -obligatoria según el precedente *Giroldi*, que en ello aquí reitera y amplía-[83], que es de aplicación lo dispuesto en la Opinión Consultiva 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual "los Estados (...) asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".

La CSJN además invoca el plexo normativo de los restantes pactos, y hace honor a la opinión de nuestro representante en los organismos internacionales: es el principio de la buena fe en materia internacional, y la regla de los propios actos. Debemos pues cumplir fielmente en el derecho interno los actos que celebramos internacionalmente *y lo que decimos en foros internacionales*. Lo consideramos un fundamental avance. Es el broche de oro de un año de excelente y renovadora jurisprudencia en las tres instancias federales[84].

Claro que así tenemos *dos* (tres, con *Bramajo*) fallos de nuestra Corte aplicando *dos* opiniones consultivas pero afirmando que hay que aplicar *todas*: falta hacerlo. Por ejemplo, no pueden las autoridades constitucionales -judiciales, legislativas, administrativas- sin violar nuestros principios constitucionales y compromisos internacionales, seguir llamado "Ley" a los decretos-leyes de los gobiernos de facto[85]. ¿Cuándo se decidirán a asumir plenamente que hemos reentrado *hace una generación* al Estado de Derecho?

---

82. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación*, 14 de octubre de 1997, *LL*, 1997-F-697, con nota "Los derechos humanos no son para sino contra el Estado".

83. Ver Gordillo, "La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional", en *Cuadernos de Fundejus*, año 3, n° 3, Buenos Aires, 1995, páginas 23 y siguientes, reproducido en el libro *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, páginas 265 y siguientes, reproducido, con variantes, en "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales", nota al fallo *Giroldi*, en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 215, 1996, páginas 151 y siguientes.

84. Desde luego, hay ocasionales excepciones, pero no empañan el conjunto; y tampoco terminó el año, como antes bien lo probó *Chocobar* (27-XII-96, Doctrina Judicial, año XIII, n° 12, 2-IV-97, *LL*, 1997-1-749 y ss., ya citado).

85. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que "Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución*" (párrafo 22 de la OC 6/96). En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos *debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo* y debe ser congruente con el orden jurídico interno" (Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

13. CORRUPCIÓN

Es prematuro y por ende no ha habido pronunciamiento alguno, nacional o extranjero, acerca de la aplicación al derecho administrativo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción[86], que tiene vigencia internacional desde octubre y admite la jurisdicción extranjera como los pactos contra el genocidio y la tortura[87].

El 20-XI-97 el país suscribió asimismo la "Convención Para Combatir el Soborno de Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales", o más simplemente Convención Internacional Contra la Corrupción, junto a los 29 países de la OCDE y cuatro países más[88].

El tema va adquiriendo los caracteres de un orden público internacional, *in statu nascendi*[89], y dado que por los efectos del lavado de dinero siempre

---

Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996, Washington, D.C., 1997, página 65). La Corte IDH define pues como leyes "la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, *emanada de los órganos legislativos* constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes *para la formación de las leyes*" (Opinión Consultiva número 6, párrafos 23 y 32), pues "El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables" (OC 8, párrafo 24); es la legislatura electa y no otra autoridad constitucional o de facto la que tiene la potestad legislativa. Todo ello ha sido reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la CIDH, Oscar Luján Fappiano, caso 10.843, Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, párrafo 31, página 197 del Informe de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*: el principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos y nos obliga en el plano interno e internacional, como también lo reconoce la Corte Suprema en *Arce* al citar lo expresado en representación de nuestro país por su representante en Naciones Unidas.

86. Ver Gordillo, "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción", *LL*, 1997-E-1091, y *Tratado...*, *op. cit.*, capítulo XVI; Severo Caballero, *LL*, 1997-E-1153.

87. La jurisdicción extranjera también es pactada por el país en los contratos de crédito externo y en los tratados con otros países sobre inversiones extranjeras. Ver en cuanto a lo segundo la ley 24.890, B.O. 9-XII-97, art. 9 inc. *b*), el país presta su "consentimiento irrevocable" al arbitraje del C.I.A.D.I., Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", para las inversiones de Marruecos y Argentina; puede también recordarse la ley 24.100, referente a Francia y Argentina, etc. con relación a lo primero ver el capítulo IV "El contrato de crédito externo" en nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, 1996 y anteriormente el artículo "El contrato de crédito externo", en la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1982, número 97, páginas 423 a 449; reproducido en el libro *Contratos Administrativos. Contratos especiales*, editorial Astrea, tomo II, Buenos Aires, 1982 y reimpresiones, páginas 187 a 226.

88. Entre ellos, el nuestro. Es la *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 20-XI-97 (se la puede consultar en la página central de la OCDE: www.oecd.org).

89. Nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, Parte general, 4° edición, 1997, capítulo VI, número 2.3, página VI-8: *ius cogens supervienens, in statu nascendi*. Comparar con Zuppi, Alberto, "El derecho imperativo (*jus cogens*) en el nuevo orden internacional", *ED*, 7-VII-92; Barberis, Julio, A., *Formación del derecho internacional*, Abaco, Buenos Aires, 1994. Ver también Zuppi, Alberto, "La Convención Interamericana contra la Corrupción", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997, páginas 201 y siguientes; Cincunegui, Juan Bautista y Cincunegui, Juan de Dios, *La corrupción*, Buenos Aires, FUNDAPLAN, 1996.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

afecta más de una jurisdicción[90], habrá que estar atentos a la evolución de la jurisprudencia comparada.

14. Resumen

En mayor síntesis, algunos de los grandes fallos de la actualidad en 1996/7 son:

Agueera (CSJN, legitimación de una asociación por derechos de incidencia colectiva en una acción meramente declarativa, efectos generales)[91].

Arce[92] (CSJN y su precedente *Giroldi*: obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas internacionales, con más -en *Arce*- el compromiso de la palabra empeñada por nuestros representantes en foros internacionales).

Consumidores Libres del 17-X-97, Sala IV (primera *class action* o acción de clase de contenido patrimonial)[93].

Blas[94] y *Barsanti* (Sala I, efectos *erga omnes* de la sentencia en materia de derechos de incidencia colectiva)[95], y sus precedentes *Monges*[96], *Labaton*[97] y *Dalbon*[98], entre muchos otros[99].

---

90. Como lo reconocen expresamente las dos convenciones citadas. El artículo 7° de la *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* señala que el delito de lavado de dinero será tipificado como tal por las partes *independientemente del lugar en que el acto de corrupción haya ocurrido* ("*without regard to the place where the bribery occurred*"). Es pues un principio internacional y argentino de extraterritorialidad de la ley penal. La solución es menos novedosa de lo que parece, pues ya nuestro derecho penal clásico admitía que la falsificación de moneda argentina realizada en el exterior se regía por la ley y la jurisdicción del lugar de producción de sus efectos y no por el lugar de comisión del delito.

91. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación*, 14 de octubre de 1997, *LL*, 1997-F-697.

92. CSJN, *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)*, *LL*, 1997-C-322.

93. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala IV, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. Sumarísimo*, 17-X-97, *LL*, 1997-F-273.

94. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala I, *Blas Humberto Agustín c/ Universidad de Buenos Aires- Resol. 3214/95*, sentencia del 27-XI-97, expediente 10.214, *LL*, 1998-A-288.

95. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala I, *Barsanti, Agustina c/UBA (Universidad de Buenos Aires) resol. 2314/95*, sentencia del 20-XI-97, expediente 11.265/96, *LL*, 1998-A-293.

96. CSJN, 26-XII-96, *LL*, 1997-C-150.

97. *Labaton*, Primera instancia Dr. Silva Garretón, 6-XI-96, causa 21.000/96, segunda instancia CNFed. Contencioso-administrativo, Sala V, 25-XI-96.

98. Juzgado Nacional Civil N° 54, Ricardo Li Rosi, *Dalbon, Gregorio c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, *LL*, 1997-F-291, confirmado por la Sala B de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones.

99. Cciv. y Com., Azul, Sala II, 22-X-96, *Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella S.A. y otros*, en *LL*, Buenos Aires, año 4, número 3, abril de 1997, páginas 272 y siguientes; *LL*, 1997-E-1640, con nota de Zavala de González, Matilde, "Los daños morales y colectivos y su resarcimiento dinerario", páginas 283 y siguientes. El caso *Capella, Juris*, 81:555, antes citado. También tienen necesarios efectos *erga omnes* los fallos en los que se dispone no se prorrogue la exclusividad o monopolio de la licencia telefónica sin audiencia pública (*Youssefian*), o se disponen medidas cautelares o definitivas en materia de régimen de servicios públicos: prohibición al monopolio de prestar servicios en competencia y coetáneo derecho de los demás prestatarios a no competir contra el monopolio (CNFed. Contencioso-administrativo, Sala IV, *Impsat S.A. c/ Estado Nacional -M° de Economía y O.S.P.- s/ amparo ley 16.986*, 23-XII-96, *LL*, 1998-A-261), renegociación tarifaria (*Consumidores Libres, Defensor del Pueblo*, y muchos otros), pago de multas a los usuarios (*ADECUA c/ ETOSS*), otorgamiento de concesiones sin autorización legislativa (*Nieva* y varios más).

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Fernández (Sala IV, legitimación del usuario potencial sin necesidad de prueba)[100].

Youssefian (legitimación sin necesidad de prueba, derecho constitucional a la audiencia pública)[101], *Consumidores Libres* del 17-VII-97, Sala I (legitimación amplia de las asociaciones)[102], *Nieva* (Sala II, legitimación de los diputados, cautelar contra una privatización sin marco legal, ni audiencia pública, ni ente regulador)[103], *Rodríguez* (Sala V, igual tema)[104], *Consumidores Libres* del 5-V-97, Sala V (acción de la ley de defensa del usuario y del consumidor, derecho constitucional a la audiencia pública)[105].

Squaglia (medidas autosatisfactivas en el amparo, coincidiendo con el objeto de éste)[106], *P., A.E.* (amparo virtual)[107].

Y la audiencia pública de la CSJN el 10-XII-97 *in re Nieva*. Un ejemplo a reiterar, imitar y perfeccionar -salvo, claro está, la sentencia dictada.

Estamos seguros que entre todos son la simiente de un nuevo y mejor país. Malgré el mismo fallo Nieva en su decisión final.

---

100. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala IV, *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, 5 de agosto de 1997, *LL*, 1997-E-535. Si bien el fallo no lo dice categóricamente, al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de un aumento del cospel de 0,47 a 0,50 tiene también, en este contexto jurisprudencial que estamos viendo, efecto general. Falta, como en tantos fallos judiciales, que se cumpla.

101. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala IV, *Youssefian Martín c/ Estado Nacional -Secretaría de comunicaciones s/ amparo*, causa 22.776/97, sentencia del 6 de noviembre de 1997, *LL*, 1997-F-270.

102. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala I, *Consumidores Libres*, 17-VII-97.

103. CNFed. Contencioso-administrativo, Sala II, *Nieva, Alejandro y otros c/ PEN Decreto N° 375/97 s/ amparo Ley N° 16.986*, Sala II, 26-VIII-97, punto 7°, *RAP*, n° 228, Buenos Aires, 1997, páginas 124 y siguientes y en *LL*, 1998-B-546; Sala II, *Nieva Alejandro y otros c/ P.E.N. -Dto. 375/97- s/ amparo ley 16.986*, 10 de julio de 1997.

104. *Rodríguez, Jesús y otros c/ Estado Nacional M° de Econ. y Ob. y Serv. Púb. -P.E.N.- s/ medida cautelar (autónoma)*, 19 de julio de 1996, *LL*, 1996-E-80.

105. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, *LL*, 1997-F-265., con nota "La revisión judicial de las tarifas y la acción en defensa del consumidor".

106. *Squaglia, Norberto P. c. Ministerio de Salud y Medio Ambiente*, primera instancia firme, *LL* Litoral-Juris, Octubre de 1997, páginas 1007 y siguientes.

107. *LL*, 1997-F-601, 10-XII-97.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Comentarios bibliográficos

Carlos Santiago Nino, *Radical Evil On Trial* [*]. Yale University Press, New Heaven, 1996

Por Jaime Malamud Goti [**]

La justificación del castigo de violadores de derechos humanos es una de las cuestiones más intrincadas de las ya complejas relaciones entre ética, política y castigo. En *La condición humana*, Hannah Arendt nos enfrenta a una sorprendente paradoja: sólo podemos perdonar lo que podemos castigar y sólo podemos castigar lo que podemos perdonar. Esta suerte de limitación frente a los crímenes más aberrantes de la historia parece a primera vista disparatada porque personajes como Hitler, Stalin y Pol-Pot despiertan pasiones que sólo parece poder calmar la inflicción de sufrimiento. Reducida a una reacción retributiva, sin embargo, la inflicción de dolor está más cerca de la venganza que del castigo propiamente dicho. A diferencia de la venganza, asignamos al castigo la capacidad de resolver y terminar conflictos, devolviéndole a la víctima la dignidad que le sustrajo el hecho criminal. Esta función sólo puede ser cumplida en tanto y en cuanto la pena constituya una expresión del discurso moral: un acto abierto al debate moral, dotado de la suficiente autoridad para persuadir a víctimas y victimarios que el reo merece sufrir por lo que hizo. Esta exigencia no es retórica; se apoya en la necesidad de dar razones, dando así sustancia al imperativo moral kantiano de tratar a la persona del reo como un fin en sí misma, acreedora del respeto que merecen nuestros pares. Kant tradujo esta exigencia en el imperativo categórico de considerar a las personas como fines en sí mismas. Pero entonces la pregunta parece inevitable: ¿qué «razones» podemos ofrecerle, para que entienda el castigo que le imponemos, a quien atribuimos haber asesinado a miles o millones de personas? ¿Cómo tratar como pares a quienes fueron capaces de hacer lo que no alcanzamos a entender? Esta perplejidad nos expone a las limitaciones de la razón respecto de quienes actúan fuera de la esfera de la misma moral. Kant llama a estos hechos «mal radical»; son hechos que no podemos perdonar; de ellos y su juzgamiento y castigo se ocupa este libro de Carlos Nino. Para estudiar esta perplejidad, Nino toma como base el caso argentino, concretamente la violencia empleada desde el Estado durante la dictadura militar de 1976-1983 que culminó con la muerte y desaparición de miles de personas. Hay más

---

[*] Nino, Carlos Santiago, *Juicio al Mal Absoluto*, Editorial Emecé, Buenos Aires, 1997, traducida al español por Martín Böhmer.

[**] Abogado, UBA, Profesor de derecho penal, Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor de Filosofía, Universidad de Arkansas at Little Rock.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

obstáculos para juzgar y castigar violaciones a los derechos humanos que aquellos a los que se refiere Hannah Arendt en el pasaje citado.

A Nino le intriga el muy limitado éxito que los gobiernos y organizaciones obtuvieron en el juzgamiento y castigo de violadores masivos de derechos humanos. Él observa la posible existencia de cuestiones estructurales que frustran las expectativas retributivas. En muchos casos estos juicios no llegaron siquiera a ponerse en marcha y en aquellos en que fueron celebrados, terminaron en unas pocas condenas, a veces de personajes subalternos y por hechos diferentes de los que despertaron nuestra mayor indignación. Es por eso que, a pesar del escaso número de condenas y de su interrupción por indultos y amnistías, el caso argentino es, para Nino, un moderado éxito. Lo cierto es que, a través de la historia de este siglo, la regla ha sido la impunidad. Sólo unos pocos oficiales -y de muy bajo rango- sufrieron condenas como consecuencia de los abusos cometidos en la guerra del '14, y los horrores del nazismo culminaron con el castigo de unos pocos jerarcas. Ya en la década de los '60, sólo el teniente William Calley sufrió una condena por la masacre de civiles por tropas norteamericanas en Vietnam. Vale la pena recordar que Calley fue luego perdonado por un decreto presidencial.

Dos cuestiones que habitualmente no asociamos preocupan a Nino. La primera son las circunstancias sociales y políticas que condujeron al terrorismo de estado (Nino identifica estas causas como la anomia, el corporativismo y la concentración de poder). La segunda es la justificación moral, legal y política del juicio y castigo de oficiales militares por violar derechos humanos. Nino conecta estos dos temas justificando las condenas por su capacidad para neutralizar las mismas causas de la violencia.

La empresa de juzgar y castigar a los artífices del terrorismo de estado debió enfrentar obstáculos morales, legales y políticos. Los problemas legales son múltiples y están entrelazados con dudas de filósofos y penalistas: ¿cómo superar la «autoamnistía» detrás de la cual intentaron amparase los militares? ¿Qué hacer con los autores por convicción? ¿Cómo fundamentar la culpabilidad moral de quien cree que la brutalidad constituye la única manera de salvar la humanidad? Como distribuir la responsabilidad penal para alcanzar a los generales como «autores detrás del escritorio».

La decisión de celebrar los juicios debió enfrentar también obstáculos políticos. El más evidente surge del poder que los dictadores retienen después de transferir el poder institucional. ¿Cómo enfrentar el hecho evidente de que los militares involucrados en las transgresiones harían todo lo posible para evitar ser juzgados? ¿Cómo evaluar las consecuencias políticas de juzgar o no juzgar? ¿Cómo lograr mejor la estabilidad política y la «paz» entre los ciudadanos? Las débiles democracias post-terroristas deben enfrentar siempre estas disyuntivas y las soluciones posibles no son simples. Nino se pronuncia por la celebración de los juicios sin dar respuesta, sin embargo, al dilema de Hannah Arendt con que comienza este comentario.

Los argumentos de Nino en favor de los juicios son sofisticados y complejos y no puedo exponerlos aquí. El autor completa un laborioso círculo para sugerir que el castigo a los transgresores contribuye al fortalecimiento democrático. Los juicios, sostiene Nino, neutralizan las mismas características políticas que frustraran repetidamente la defensa de la democracia frente a los

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

golpes de estado: el corporativismo, la concentración de poder y la anomia. El debate público sobre los hechos ante los tribunales representa un doble remedio contra la anomia y el corporativismo. El drama de los generales ante el estrado constituye la manera de realzar el valor del derecho como política social y el hecho de ser civiles los tribunales que tuvieron la última palabra fue también, indirectamente, un contundente ataque contra la práctica corporativista del juzgamiento de militares por sus pares. Por último, el debate frente a los ojos de la ciudadanía constituyó un medio eficaz para implantar en el dominio público el imperio de las razones propio del Estado democrático.

Como cualquier otro tema de la envergadura de éste, el enjuiciamiento de violadores de derechos humanos concita una infinidad de pros y de contras en materia ética y política. Con la lucidez y el ingenio que fueron habituales en Carlos Nino, el libro ofrece nuevas formas de pensar en los derechos humanos, la democracia y la justicia. Con independencia de que los argumentos nos lleguen a convencer, se trata de una obra altamente recomendable para estudiosos del derecho y la justicia, y necesario para el experto en derechos humanos.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Benjamin R. Barber, *A Place for Us: How To Make Society Civil And Democracy Strong*. Hill and Wang, New York, 1998

Por Lelia Mooney Sirotinsky *

El Siglo XX será dichoso. Entonces no habrá nada que se parezca a la antigua historia; no habrá que temer como hoy, una conquista, una invasión, una usurpación, una rivalidad de naciones a mano armada, una interrupción de civilización por casamiento de reyes; no habrá que temer un nacimiento en las dinastías hereditarias, un reparto de pueblos acordado en congresos, una desmembración por hundimiento de dinastía, un combate de dos religiones al encontrarse frente a frente; no habrá ya que temer el hambre, la explotación, la prostitución por miseria, la miseria por falta de trabajo, el cadalso, la cuchilla, las batallas, y todos esos latrocinios del ocaso en la selva de los acontecimientos. Casi pudiera decirse que no habrá ya acontecimientos. Reinará la dicha. El género humano cumplirá su ley como el globo terrestre cumple la suya; la armonía entre el alma y el astro se restablecerá; el alma gravitará en torno de la verdad, como el astro en torno de la luz.
Víctor Hugo, *Los Miserables, (1862)*[1] .

Cuando John Dewey afirma que "(...) la ruta de la democracia es la más difícil de tomar ya que es la ruta que impone la mayor carga de responsabilidad sobre el mayor número de seres humanos"[2] , nos está haciendo reflexionar sobre nuestro rol como ciudadanos y ciudadanas y, al mismo tiempo, nos dice que el proyecto democrático, del cual formamos parte, compromete a nuestras instituciones y actitudes[3] . Medio siglo después de que Dewey nos ilustrara con palabras que siguen tan vigentes hoy como nunca, Benjamin Barber nos propone reflexionar, desde el umbral de la nueva ruta que implica recorrer un nuevo milenio, sobre la forma, manera y calidad de este nuestro denominado ruta o espacio público y a analizarnos en nuestras actitudes.

En suma, desde el principio, nos convoca a que busquemos ese lugar para "nosotros" (y "nosotras"), donde podamos, a través de la expresión completa del "tú", "yo", llegar a ese lugar en común que haga surgir nuestra "comunidad". Pareciera ser que para nuestro autor, en este preciso momento de nuestra historia, no sólo es fundamental responder a la afirmación de que "sufrimos no porque tengamos mucha democracia sino precisamente porque no tenemos suficiente de ella" que planteara en *Strong Democracy*[4] , sino que tenemos que efectuar un esfuerzo mayor y tratar de identificar ese lugar que nos nuclee para así poder fortalecer nuestra democracia.

---

* Abogada, Universidad Nacional del Noreste, 1992, candidata al título de Master en Derecho, Universidad de Palermo.

1. Citado por Mempo Giardinelli en *El país de las Maravillas*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1998.

2. John Dewey, *Freedom and Culture*, página 100, Prometheus Books, 1989. La traducción pertenece a la autora de este trabajo.

3. *op. cit.*, nota 2.

4. Barber, Benjamin, R., *Strong Democracy*, University of California Press, 1984.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sobre nuestras actitudes y, contrariamente a lo que Víctor Hugo se aventurara a afirmar, el siglo XX no termina siendo dichoso para Barber: "demasiada gente, demasiada anarquía, demasiadas guerras, demasiada dependencia". Así, no sólo estamos finalizando esta etapa, que para muchos es representativa de una nueva etapa en la historia de la humanidad, con las características mencionadas, sino también podríamos sumar a ese inventario de "cualidades" el de tener una creciente falta de confianza.

En el corazón de la discusión, para nuestro autor, la respuesta a estas preguntas y afirmaciones, emerge nítidamente aunque no la sepamos o no la podamos ver: el espacio, la ruta que recepta nuestra comunidad, la mutualidad del "yo" y el "tú", el espacio del cual surgen nuestras redes sociales se llama *sociedad civil*. Es precisamente allí donde logramos encontrar ese lugar común y, al mismo tiempo, fortalecemos nuestra democracia. En otras palabras, es como logramos que la sociedad sea civil y la democracia fuerte.

Para nuestro autor, la "sociedad civil no es una alternativa al gobierno democrático sino es el espacio libre donde se cultivan las actitudes democráticas y se condiciona el comportamiento democrático. No es un sinónimo del mercado privado sino un antídoto al egoísmo comercial y la incivilidad del mercado". En otras palabras, durante el transcurso de los cinco capítulos que conforman esta propuesta bibliográfica, Barber no sugiere estar fundando o creando el concepto de sociedad civil.

Muy por el contrario, partirá del reconocimiento de las siguientes premisas:

- *El concepto de sociedad no es nuevo*. Sin embargo, es necesario reconocer que dentro del contexto occidental, la sociedad civil ha dejado de ser una preocupación intelectual esotérica de historiadores y filósofos (influenciados por los llamados "clásicos": Locke, Hegel y Marx) para transformarse en un concepto maleable ideológicamente y que reclamaba una autoría fundacional por quienes lo proponían (comunitarismo, republicanismo cívico, mercado libre, virtud cívica).
- *La sociedad civil es un concepto y un proyecto político y multi-partidario por naturaleza.* Aquí, Barber se posiciona contrario a la línea de pensamiento que apoya la idea de que el ser "bi- partidaria" y "apolítica" sean virtudes necesarias de la sociedad civil, precisamente, en una era tan escéptica con la política como lo es la nuestra.
- *Cuando hablamos de política, hablamos de diferencias.* Así, al distinguir entre las distintas propuestas ideológicas que están planteadas dentro del debate público no hacemos caso omiso a los conflictos de intereses y a los argumentos ideológicos, ya que el conflicto, según palabras de nuestro autor, es la *raison d´être* de la política.
- *Reparar el concepto de sociedad civil es una condición sine qua non para lograr que la democracia pueda sobrevivir.* Si el concepto de sociedad civil se ha reavivado durante los últimos años, en virtud de la discusión motivada por la el descontento de la gente con la política, contar con un concepto restringido de participación ciudadana y la falta de participación en asociaciones voluntarias, todo esto se relaciona directamente con la atención que brindamos al cultivo de éste, nuestro espacio público.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La estructura que conforma el análisis político de la sociedad civil que efectúa Barber se basa en tres objetivos con los cuales intentará rescatar y, al mismo tiempo, reavivar el concepto de sociedad civil como nuestro lugar o ruta común hacia el fortalecimiento democrático. Según sus palabras, "los mercados globalizadores y la paranoia anti-gobierno han logrado oscurecer nuestra visión cívica, haciéndonos muy difícil poder ver que efectivamente existe un lugar para nosotros (y nosotras) entre el gran gobierno y los mercados comerciales, donde los ciudadanos (y ciudadanas) pueden respirar libremente y comportarse democráticamente sin sólo reflejarse como reclamantes pasivos/as, consumidores/as mezquinos/as o víctimas aisladas".

El primero de ellos, es el de ofrecer una estructura que brinde una suerte de clarificación conceptual del concepto de sociedad civil y que, al mismo tiempo, sirva para rescatarla del caos conceptual y pragmático en el que se encuentra. En segundo lugar, sugiere proponer una visión del concepto que sea político y partidariamente inclusivo justificando una interpretación de la sociedad civil desde una visión que demuestra ser fuerte, democrática y progresista. El tercer objetivo podría ser fácilmente considerado como el pragmático ya que pretende ofrecer una serie de propuestas y estrategias prácticas que logren restablecer, o fortalecer cuando ya existan, en el corazón de una sociedad civil fuertemente democrática tanto las instituciones como las prácticas.

De todas maneras, los tres objetivos se correlacionan entre sí y, básicamente, Barber los utilizará para ubicar esa nueva idea de sociedad civil en el contexto de dos problemas urgentes de nuestra modernidad y que ejemplifican la relación existente entre la necesidad de contar con una sociedad civil robusta y una democracia sana a través de los cinco capítulos que forman parte de su libro. Ellos son, por una parte, la constante y cada vez más creciente falta de civilidad en nuestro discurso público y nuestra sociedad y, por el otro lado, el fin del trabajo definido por nuestro autor como el problema de la obligatoriedad del "ocio" con la que nos encontramos cada vez más frecuentemente en nuestras democracias y en una sociedad que se caracteriza por producir productos y no porque produzca empleos.

¿Cómo logramos que la democracia funcione? Para quienes continuamente nos encontramos comprometidos/as en un proyecto de fortalecimiento y revitalización de esa "ruta" de la cual nos habla John Dewey o de ese "espacio público común" del cual nos habla Barber, la propuesta bibliográfica de éste último nos presenta y enfrenta con los desafíos y las consecuencias que emprender proyectos de esta naturaleza traen aparejados. La propuesta es clara, tal vez si implementáramos con más frecuencia y sometiéramos a procesos deliberativos más frecuentemente sus ideas posiblemente lograremos hacer realidad la previsión de Víctor Hugo: "El siglo XX será dichoso", pero ya en el próximo milenio. Todavía para muchos y muchas este deseo sigue siendo una cuenta pendiente.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Huntington, Samuel [*], *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. Simon & Schuster, New York, 1996

Por Gerardo García Fiad [**]

Samuel Huntington ha descubierto que la tierra
no esta ya tan gobernada por la ideología
como lo está por la religión y la cultura.
Esta conducción está guiada, indudablemente,
por la identidad de civilización.

Lectura recomendada por el Profesor Paul Kahn a sus estudiantes en «El Futuro del Estado», su asignatura en Yale Law School. El propósito de este libro es conocer una peculiar perspectiva del mundo que se acerca. Huntington estrena su trabajo asegurando que las civilizaciones no se calificarán más por su diferente situación geográfica, su forma de gobierno, su política económica. Las «civilizaciones» de Huntington son un agrupamiento cultural humano, donde el más amplio nivel de identidad es el que las diferencias de otras. Donde cada una se define por elementos objetivos comunes; tales como el lenguaje, la historia, la religión, las costumbres y las instituciones; y por la propia identificación subjetiva de las personas (un romano podría identificarse como italiano, católico, europeo, cristiano, occidental). La civilización a la que pertenecen es el más amplio nivel de compenetración con el que se asemejan íntimamente. Estas identificaciones, estas crecientes interacciones, intensifican la conciencia de civilización y los puntos comunes dentro de ellas. Ejemplo de ello, nos relata el autor, fue la inmigración norteamericana a Francia, que produjo hostilidad entre los franceses y, al mismo tiempo, un aumento de la receptividad hacia la inmigración de polacos católicos europeos. Los americanos reaccionan más negativamente a las inversiones japonesas que hacia las Canadienses o Europeas. De la misma forma, un *ibo* puede ser *ibo owerrl* o un *ibo onitsha*, en la antigua región oriental de Nigeria. En Lagos es sencillamente un *ibo*. En Londres es un Nigeriano. En Nueva York es un africano. Las interacciones entre los pueblos de diversas civilizaciones incrementan la conciencia de civilización, conciencia que a su vez estimula diferencias que se remontan al peso de la historia.

El proceso de modernización económica y de cambio social en todo el mundo está disociando a los pueblos de sus antiguas identidades regionales. En buena parte del mundo la religión ha avanzado para llenar

---

[*] Ex Secretario de Estado Norteamericano, Actual miembro del Consejo de Relaciones Exteriores, Director del Instituto Olin de Estudios Estratégicos de la Universidad de Harvard

[**] Abogado, Universidad de Palermo, 1998, alumno del Master en Derecho de la Universidad de Palermo.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

este hueco, a menudo bajo forma de movimientos fundamentalistas. Esos movimientos se encuentran en el cristianismo occidental, el judaísmo, el budismo y el hinduismo, además del islamismo, claro.

El crecimiento de la conciencia de civilización se ve potenciado por el papel de Occidente. En el pasado, las elites de las sociedades no occidentales eran habitualmente las personas que más involucradas estaban con occidente; habían sido educados en la Sorbona o en Oxford y habían absorbido actitudes y valores occidentales. Mientras que el resto de las personas de los países no occidentales estaban profundamente inspiradas por la cultura indígena. Ahora, sin embargo, estas relaciones se están invirtiendo. Esta sucediendo una desoccidentalización y una indigenización de las elites en muchos países no occidentales, al mismo tiempo que las culturas, estilos y hábitos occidentales, por lo común norteamericanos, se extienden cada vez más en las zonas populares. Es esta situación la que produce, al mismo tiempo, que los estados no occidentales tengan más deseos, voluntad y recursos de hacerle frente a occidente, quien se encuentra en la cima del poder.

Las características y las diferencias culturales son menos mutables y, por consiguiente, se comprometen y se resuelven con menos facilidad que las políticas y económicas. En la antigua Unión Soviética, los comunistas podían pasar a ser demócratas, los ricos a pobres y los pobres a ricos, pero los rusos no pueden convertirse en estonios, ni los azerís en armenios. En los conflictos de clase o ideológicos, la pregunta clave es: «¿De qué lado estas?» Y la gente puede tomar partido y cambiar de bando; pero en los conflictos de civilizaciones, la pregunta es: «¿Qué eres?» Y ese es un hecho dado del cual no se puede cambiar. Recordemos que en Bosnia o Sudán, la repuesta inadecuada a esa pregunta puede significar un tiro en la cabeza. Podemos seguir extendiendo este razonamiento y decir que, más que la etnia, la religión discrimina más agudamente. Una persona puede ser medio francesa y medio árabe y, al mismo tiempo, incluso ciudadana de dos países; pero es mucho más difícil ser medio católico y medio musulmán.

El autor garantiza en esta obra que su «conflicto de civilizaciones» es la última fase de la evolución de los conflictos en el mundo moderno. Construyendo su razonamiento en que durante siglo y medio después de haber comenzado el sistema internacional con la Paz de Westfalia, los conflictos del mundo occidental fueron en gran parte entre emperadores y monarcas absolutos, que con el afán de extender sus fortalezas económicas mercantilistas como territoriales produjeron la creación de naciones. A partir de la Revolución Francesa las principales líneas de conflicto fueron entre naciones en vez de entre emperadores o monarcas. La consecuencia de ello fue la Primera Guerra Mundial. Luego, la Revolución Rusa y la reacción contra ella, el conflicto entre naciones cedió ante el conflicto entre ideologías; primero entre el comunismo, el fascismo-nazismo y la democracia liberal, para finalizar con la Guerra Fría.

El final de la Guerra Fría desplaza la política internacional a la interacción entre Occidente con civilizaciones no occidentales, y de civilizaciones no occidentales entre sí. En este sentido, Huntington sugiere,

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que no podemos seguir clasificando a los países dentro del primer, segundo o tercer mundo, atendiendo a consideraciones económicas -mundo industrializado, mundo de economía centralmente planificada; mundo en vías de desarrollo y subdesarrollado-, para incorporarlos dentro de alguno de los tres grupos. Para el autor, ahora es más significativo agrupar a los países, no en términos de sus sistemas políticos o económicos o en términos de su nivel de desarrollo, sino más bien en términos de su cultura y civilización.

La hipótesis de Huntington es que la fuente fundamental del conflicto no será básicamente ideológica. Las grandes divisiones de la humanidad, así como las fuentes dominantes de conflicto serán culturales. Los estados seguirán siendo los actores más poderosos en los asuntos mundiales, pero los principales conflictos de la política mundial ocurrirán entre naciones y grupos de civilizaciones diferentes.

En la política de las civilizaciones, declara Huntington, los pueblos y los gobiernos de las civilizaciones no occidentales no siguen siendo objetos de historia como blancos del colonialismo occidental, sino que se unen a occidente como actores y forjadores de la historia.

Es intención del autor promocionar los valores occidentales de democracia y liberalismo como valores universales, para mantener el predominio y adelantar sus intereses económicos. Indirectamente, procurar realizar la vieja idea del «destino manifiesto estadounidense»; es decir, la principal responsabilidad en la preservación y renovación de la civilización occidental corresponde a Estados Unidos. Pero difiere con la formulación tradicional que plantea un derecho moral al imperialismo universal; el mandato civilizatorio de Estados Unidos, según Huntington, se restringe en esta época de avance de las civilizaciones no occidentales, al propio mundo occidental. En lugar de intentar occidentalizar al mundo, Estados Unidos debe asumir el liderazgo de la consolidación de Occidente por la vía de una alianza de cooperación estrecha con sus socios europeos, que proteja y promueva sus intereses, valores y cultura comunes.

Finalmente, con acierto, Huntington reconoce la existencia de una doble filosofía en las pretensiones universalistas de Estados Unidos: lo que es universalismo para Estados Unidos, es imperialismo para el resto. Se postula el no incremento de armas para Irán e Irak pero no para Israel; los derechos humanos son temas de discusión con China, pero no con Arabia Saudita. Sin embargo, no tiene presente que esta dualidad no es algo nuevo. El discurso de la democracia no impidió a Estados Unidos auspiciar el golpe de estado de Pinochet contra el gobierno democrático de Salvador Allende en Chile en 1973[1]. El golpe de estado de Fujimori en 1992 fue disculpado porque, después de todo, el presidente peruano es un paladín de las privatizaciones y del neoliberalismo.

Sin embargo, al finalizar su trabajo, pareciera reflexionar, asegurando que en el futuro no habrá una civilización universal, sino un mundo de diferentes civilizaciones, cada una de las cuales tendrá que aprender a coexistir con las otras.

---

1. Véase diario *Clarín* del domingo 15 de Noviembre de 1998, páginas 34 y 35.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Debería tenerse en cuenta que el peso de un pensador prestigioso, e incluso las políticas que surgen o son emanadas desde un país con peso en el contexto mundial, tienen influencia decisiva sobre los acontecimientos globales, y aún, sobre el futuro orden mundial.

La fortaleza de este libro no es la configuración de un nuevo mapa, por el contrario, este libro cumple el papel de ayudarnos a encontrarle sentido y comprender los recientes sucesos de transiciones democráticas influenciados por Estados Unidos.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*. Clarendon Press, Oxford, 1995

Por Laura Saldivia [*]

La lectura de este libro nos brinda argumentos muy interesantes para fundamentar políticas vinculadas al trato que debería dispensarse a las minorías culturales.

Este tema no es ajeno a los argentinos. La reforma de la Constitución Nacional de 1994 incorporó entre las atribuciones del Congreso, la de garantizar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural ¿Cómo debemos encarar las reivindicaciones territoriales y lingüísticas de los indígenas? ¿Qué elementos debemos tener en cuenta a la hora de diseñar un plan educativo que contemple la pluralidad cultural?

Un caso que recientemente suscitó gran debate fue el del grupo religioso "menonita", que se negaba a que los menores de la comunidad recibieran la educación primaria obligatoria ¿Por qué razones el estado podría intervenir en el derecho de los padres a educar a sus hijos como consideren más apropiado?

Una buena aproximación al estudio de esta clase de temas es el trabajo de Kymlicka.

El objetivo de su obra consiste en esbozar una teoría liberal de los derechos de las minorías que explique cómo coexisten los derechos de éstas con los derechos humanos y, también, cómo los derechos de las minorías están limitados por los principios de libertad individual, democracia y justicia social.

En primer lugar, Kymlicka va a definir y utilizar dos modelos de diversidad cultural: el primero, el de las minorías nacionales, que surgen de la incorporación de culturas que previamente disfrutaban de autogobierno y que estaban territorialmente concentradas en un estado mayor. El segundo, el de los grupos étnicos, que surgen de la inmigración individual y familiar.

Con relación a los grupos sociales (gays y lesbianas, mujeres, discapacitados) Kymlicka considera que una teoría que contemple los derechos de las minorías culturales debe ser compatible con las justas reivindicaciones de los grupos sociales que se encuentran en una situación desventajosa.

La marginación de las mujeres, los homosexuales, los discapacitados, atraviesa las fronteras étnicas y nacionales: se presenta en el interior de los grupos étnicos y nacionales y, es allí, donde debe combatirse la ignorancia y la exclusión de las que son víctimas.

Cuando el autor analiza la relación existente entre los derechos individuales y los derechos diferenciados en función del grupo, afirma que las diferencias culturales no pueden acomodarse sólo con los derechos individuales referidos a la ciudadanía, sino que hacen falta derechos específicos en función de la pertenencia grupal. Ellos son: 1) derechos de autogobierno, 2) derechos poliétnicos, 3) derechos especiales de representación.

---

[*] Abogada, Universidad de Buenos Aires, 1996, alumna del Master en Derecho de la Universidad de Palermo.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Aunque estos derechos parecieran reflejar una perspectiva comunitarista, la idea de Kymlicka es demostrar que estas formas de ciudadanía diferenciada son consistentes con los principios liberales de igualdad y libertad.

Por eso Kymlicka considera que la cuestión relativa a si los derechos son ejercidos por los individuos o por los grupos no es el problema fundamental. Lo importante, en la visión del autor, es examinar las razones por las que determinados derechos son derechos diferenciados en función del grupo. Deberíamos preguntarnos por qué los miembros de determinados grupos deberían tener derechos referentes al territorio, a la lengua, a la representación, y los miembros de otros grupos no.

Para poder hallar alguna respuesta a la duda planteada, Kymlicka nos enseña que hay que distinguir dos significados distintos de los derechos colectivos, que plantean a su vez cuestiones diferentes.

Por un lado, la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros. El objetivo de estas restricciones internas es proteger al grupo del impacto desestabilizador del disenso interno. Pero, asimismo, estas restricciones fuerzan a las personas a mantener su forma de vida tradicional, aun cuando no optarían por ella voluntariamente en el caso de que consideraran más atractivo otro tipo de vida

Por otro lado, las reivindicaciones de un grupo contra las decisiones de la sociedad a la que pertenece son llamadas por el autor protecciones externas. El objetivo de éstas es asegurar que la gente pueda mantener su forma de vida si así lo desea, así como que las decisiones de personas ajenas a la comunidad no le impidan llevar a cabo dicha meta.

Los derechos diferenciados en función del grupo pueden ser utilizados tanto como protecciones externas o como restricciones internas. Por eso, es importante determinar cuál es el tipo de reivindicación que plantea cada grupo, ya que, según sea el sentido en el que se interprete una reivindicación determinada, ello nos conduce a concepciones distintas de los derechos de las minorías.

Teniendo en cuenta que la teoría liberal que sostiene Kymlicka está comprometida con la autonomía individual y la igualdad social, el rasgo que caracteriza a su teoría de los derechos de las minorías, es que ésta acepta algunas protecciones externas para los grupos étnicos y las minorías nacionales, pero es muy escéptica ante las restricciones internas. Por ello, Kymlicka no acepta que la defensa de los derechos de las minorías esté fundada en ideas tales como, respeto a la tradición o protección de la autenticidad, ya que muchas veces en nombre de estas ideas se fundamenta la opresión dentro de los grupos minoritarios.

El libro se asienta sobre dos pilares: el análisis de la relación que se da entre la libertad, la cultura y los derechos de las minorías, por un lado, y de la que existe entre la justicia y derechos de las minorías, por el otro.

En el capítulo quinto, el capítulo central de su trabajo, Kymlicka se introduce en el estudio del primero de esos pilares.

Así, sostiene que los liberales únicamente pueden aprobar los derechos de las minorías en la medida en que éstos sean consistentes con el respeto a la libertad o autonomía de los individuos.

Si consideramos que algunas personas pueden tomar decisiones imprudentes, perdiendo su tiempo en objetivos triviales o imposibles, Kymlicka se pregunta: ¿por qué los individuos deberían ser libre para elegir sus propios

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

planes de vida? ¿no debería el gobierno intervenir para protegernos de cometer errores, y para obligarnos a llevar la verdadera "vida buena"?

Para responder estas inquietudes Kymlicka utiliza el argumento de Dworkin que expresa que la vida de una persona no es mejor porque esté dirigida desde fuera, en función de valores que el individuo no aprueba.

Por ello, Kymlicka señala que "para llevar una vida buena tenemos dos condiciones previas. La primera es que dirijamos nuestra vida desde dentro, de acuerdo con nuestras convicciones sobre qué es lo que da valor a la vida. Por consiguiente, los individuos deben tener los recursos y las libertades necesarias para guiar sus vidas según sus creencias sobre el valor, sin temor a la discriminación o el castigo. De ahí la tradicional preocupación liberal por la libertad individual, así como su oposición a las imposiciones morales. La segunda condición previa es que somos libres para cuestionar estas creencias, para examinarlas a la luz de cualquier información, ejemplo y argumento que nuestra cultura nos pueda proporcionar. Así pues, los individuos deben tener las condiciones necesarias para adquirir conciencia de los diversos puntos de vista sobre la vida buena, así como capacidad para examinarlos de manera inteligente. De ahí la no menos tradicional preocupación liberal por la educación y por la libertad de expresión y asociación. Estas libertades nos permiten juzgar qué es valioso y conocer otras formas de vida".

Puesto que nuestros juicios sobre el bien son falibles, no sólo nos interesa seguir nuestra concepción actual del bien, sino también ser capaces de enjuiciarla y, potencialmente, de revisarla. Nuestros fines actuales no siempre merecen nuestra fidelidad, y exponernos a otros modos de vida nos ayuda a hacer juicios informados sobre lo verdaderamente valioso.

Por lo tanto, impedir que las personas cuestionen sus roles sociales heredados puede condenarlas a una vida insatisfactoria e incluso opresiva.

En este punto es imposible soslayar la discusión existente entre los comunitaristas y los liberales, relativa al valor de la pertenencia cultural.

El criterio que Kymlicka defiende difiere totalmente del criterio comunitarista, pese a que ambos afirman nuestra profunda vinculación con un determinado tipo de grupo social.

Por lo general, los comunitaristas se ocupan de nuestra adhesión a los subgrupos nacionales -iglesias, vecindarios, familia, sindicatos, etc.- y no tanto de nuestra adhesión al conjunto de la sociedad que comprende estos subgrupos. Y esta diferencia de alcance refleja una divergencia aún más profunda. Los comunitaristas buscan grupos que se definan por compartir una misma concepción del bien. Se esfuerzan en promover una política del bien común, mediante la cual los grupos puedan fomentar una concepción compartida del bien, aun cuando ello limite la capacidad de sus miembros individuales para revisar sus fines. Creen que las personas tienen un vínculo constitutivo con los valores del grupo al que pertenecen, y que limitar los derechos individuales para fomentar los valores compartidos no causa perjuicio alguno.

Una identidad nacional común no puede, por tanto, servir de base para una política comunitarista, que únicamente puede existir a un nivel más local.

Kymlicka defiende el criterio vinculado a un tipo de grupo social más amplio, la cultura societal, idea asociada al concepto de nación, donde hay una lengua común y que es más abarcativo que el de pertenencia a subgrupos. Por

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lo tanto, las medidas diferenciadas en función del grupo aseguran y fomentan el acceso a una cultura societal para que una elección individual sea posible.

Con relación a la pertenencia cultural que una persona puede tener con una cultura liberal, parece especialmente desconcertante que la gente pueda tener una estrecha vinculación con dicha cultura. Después de todo, a medida que una cultura adhiere a los valores liberales -y, por lo tanto, permite que sus miembros cuestionen y rechacen las formas de vida tradicionales- la identidad cultural resultante se hace más difusa y menos característica. Es decir, a medida que una cultura adopta, como forma de vida, los valores liberales, cada vez es más difícil que quienes pertenecen a ella compartan la misma concepción sustantiva de la vida buena, y cada vez es más probable que compartan los valores básicos con personas de otras culturas liberales.

Sin embargo, Kymlicka se encarga de aclarar que la libertad que los liberales reclaman para los individuos no es en esencia la libertad de trascender la propia cultura y la propia historia, sino más bien la libertad de desenvolverse dentro de su propia cultura societal, de distanciarse de determinados roles culturales, de elegir cuáles son las características de la cultura que vale la pena desarrollar y cuáles carecen de valor.

Así, el ideal liberal consiste en una sociedad de individuos libres e iguales. Y, probablemente, para la mayoría de las personas esa sociedad sea su nación. Las personas preferirán ser libres e iguales dentro de su propia nación, aunque ello implique tener menos libertad para trabajar y votar en cualquier otro lugar, que ser ciudadanos del mundo libres e iguales, si esto significa que hay menos probabilidades de que puedan vivir y trabajar en su propia lengua y cultura. Por ello Kymlicka dice que el sistema de fronteras abiertas, a pesar de que aumentaría espectacularmente el ámbito dentro del cual las personas serían tratadas como ciudadanos libres e iguales, también pone en riesgo, con la intromisión de colonos de otras culturas, la supervivencia de la comunidad nacional como cultura nacional específica.

Aquí parece que la línea de pensamiento que viene desarrollando Kymlicka toma otro rumbo. Podríamos preguntarnos, ¿por qué limitar a través de la ciudadanía restringida, a aquellas personas que sí quieren cruzar las fronteras libremente y establecerse, trabajar y votar en el país que deseen?

La libertad de elección, como bien señala Kymlicka, implica la libertad de cambiar de cultura si el individuo así lo desea; por lo tanto con el rechazo que el autor realiza al sistema de fronteras abiertas, y su consiguiente aval a la ciudadanía restringida, no parece que esa libertad de elección sea completa. No nos olvidemos que esta limitación de acceso a una cultura determinada implica, necesariamente, una restricción en la elección de aquel individuo que desea abandonar una cultura, dado que no va a tener dónde ir, debido a que la entrada en otra cultura se encuentra limitada.

Para Kymlicka la perspectiva liberal ortodoxa sobre el derecho de los estados a determinar quién adquiere la ciudadanía, descansa en los mismos principios que justifican la ciudadanía diferenciada en función del grupo dentro de los estados. Los estados liberales existen no sólo para proteger los derechos normales y las oportunidades de los individuos, sino también para proteger la pertenencia cultural de las personas. Por lo tanto, la ciudadanía constituye un concepto intrínsecamente diferenciado en función del grupo.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Si tenemos presente la crítica que nos ha merecido el concepto de ciudadanía restringida, no parece ser acertado fundamentar los derechos diferenciados en función del grupo en la existencia de la ciudadanía restringida que la mayoría de los liberales no objeta.

Más interesante es la justificación de los derechos de las minorías que surge del segundo pilar en que se basa la obra en comentario: la relación entre la justicia y los derechos de las minorías.

Kymlicka sostiene que las decisiones gubernamentales sobre las lenguas, las fronteras internas, las festividades públicas y los símbolos del Estado implican inevitablemente reconocer, acomodar y apoyar las necesidades y las identidades de determinados grupos étnicos y nacionales. Entonces, debido a que el Estado fomenta de un modo u otro determinadas identidades culturales y, en consecuencia, perjudica a otras, correspondería estudiar la justicia de las reivindicaciones de las minorías.

A partir del análisis de tres tipos de argumentos (igualdad, pacto histórico y diversidad), Kymlicka sostiene que algunos derechos de autogobierno y poliétnicos son coherentes con la justicia liberal y, de hecho, exigidos por ella.

El autor afirma que en una sociedad democrática, la nación mayoritaria siempre recibirá ayuda para su lengua y su cultura societal, y tendrá también poder legislativo para proteger sus intereses en decisiones que afectan a la cultura. La cuestión es determinar si la imparcialidad exige que a las minorías nacionales se les concedan las mismas prestaciones y oportunidades. Para Kymlicka la respuesta es afirmativa.

Finalmente, luego de explorar la relación entre la justicia y los derechos de las minorías, Kymlicka concentra su atención en la tolerancia hacia los grupos que no consideran fundamentales los valores liberales.

¿Qué hacer cuando algunas culturas minoritarias no quieren un sistema de derechos de las minorías que fomente la libertad individual o la autonomía personal?

Con relación a este punto, Kymlicka expresa muy claramente los dilemas que se le presentan a los liberales al enfrentar el tema de la tolerancia.

"La tolerancia es, en sí misma, un valor liberal fundamental. Sin embargo, el fomento de la libertad individual o de la autonomía personal parece conllevar un sentimiento de intolerancia hacia grupos que no comparten los valores liberales. Ya indiqué antes que una teoría de los derechos de las minorías que excluye las restricciones internas es impecablemente liberal, puesto que se asienta firmemente en el valor de la libertad individual. No obstante, otras personas podrán considerar que mi teoría no es liberal, precisamente porque su irrenunciable compromiso con la autonomía individual la hace intolerante con respecto a los grupos no liberales".

Este es un conflicto de difícil resolución para los liberales. Kymlicka no agota el tema en el libro, sin embargo, nos brinda herramientas muy interesantes para analizar el tema de la tolerancia y la imposición de la concepción liberal a culturas que no consideran la libertad y la autonomía personal un valor fundamental.

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DR © 2000. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/