

Capitalismo, democracia y ciencia*

Adam Przeworski

Adam Przeworski es un pensador prominente de la socialdemocracia, la democracia y la democratización. Ha estudiado estos temas en Europa occidental, América Latina y Europa oriental, así como a través de estudios de alcance mundial. Es un innovador metodológico que ha intentado aplicar métodos estadísticos y formales a la política comparada, y es uno de los primeros defensores de la teoría de la elección racional.

La investigación de Przeworski se centró inicialmente en la socialdemocracia, entendida como un intento de superar la irracionalidad y la injusticia del capitalismo sin nacionalizar los medios de producción. Tanto en *Capitalism and Social Democracy*¹ [*Capitalismo y socialdemocracia*] como en *Paper Stones*² [*Piedras de papel*], un libro escrito en coautoría, argumentó que la participación en el proceso electoral cuando la clase obrera no tiene una mayoría conduce a los partidos de izquierda a abandonar el socialismo y adoptar en cambio una agenda reformista dentro de los parámetros del capitalismo. El argumento fue puesto a prueba en el contexto europeo occidental, y mostró que, en determinadas circunstancias, es racional para los trabajadores buscar mejoras dentro de un sistema capitalista, en lugar de pugnar por abolir el capitalismo.

En la medida en que los sistemas de gobierno autoritarios dieron paso a la democracia en gran parte del hemisferio sur y en el este durante la década de 1980 y 1990, Przeworski se centró en el estudio de la democracia y la democratización, haciendo varias contribuciones precursoras. En *Democracy and the Market*³ [*La Democracia y el mercado*], ofreció la primera aplicación de la teoría de juegos para el estudio de las transiciones democráticas. En dos trabajos escritos en coautoría, el artículo “Modernization: Theories and Facts”⁴

* Esta entrevista fue realizada por Gerardo L. Munck en la ciudad de New York el 24 de febrero de 2003. Una versión en inglés fue publicada en Gerardo Munck y Richard Snyder, *Interviews with Gabriel A. Almond, Robert H. Bates, David Collier, Robert A. Dahl, Samuel P. Huntington, David D. Laitin, Arend Lijphart, Juan J. Linz, Barrington Moore, Jr., Guillermo O'Donnell, Adam Przeworski, Philippe C. Schmitter, James C. Scott, Theda Skocpol, and Alfred Stepan. Passion, Craft, and Method in Comparative Politics*. pp. 456-503. © 2007 The Johns Hopkins University Press. Traducida y publicada bajo autorización de *The Johns Hopkins University Press*. Traducida del inglés por Juan F. González Bertomeu con la colaboración de María Soledad Manin, Cecilia Hopp y Paula Arturo.

1. Adam Przeworski, *Capitalism and Social Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985. Versión en castellano: Adam Przeworski, *Capitalismo y socialdemocracia*. Madrid: Alianza, 1988 (traducción de Consuelo Vázquez de Parga).

2. Adam Przeworski y John Sprague, *Paper Stones: A History of Electoral Socialism*, University of Chicago Press, Chicago, 1986.

3. Adam Przeworski, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge University Press, New York, 1991; versión en castellano: Adam Przeworski, *Democracia y mercado: reformas políticas y económicas en la Europa del Este y América Latina*, Cambridge University Press, 1995.

4. Adam Przeworski y Fernando Limongi, “Modernization. Theory and Facts,” *World Politics*, Vol. 49, Nº 2 (1997), pp. 155-83.

[“Modernización: teorías y hechos”] y el libro *Democracy and Development*⁵ [*Democracia y Desarrollo*], analizó estadísticamente las causas y consecuencias de la democracia en todo el mundo. Respecto de las *causas*, formuló una modificación muy importante de la famosa tesis de Seymour Martin Lipset acerca del impacto del desarrollo económico sobre los regímenes políticos. Aunque los datos de Przeworski apoyaron el argumento de Lipset según el cual mayores niveles de desarrollo económico facilitan la estabilidad de la democracia, contradijeron la opinión de que los aumentos en el nivel de desarrollo están relacionados con un aumento en la probabilidad de una transición a la democracia. Con respecto a las *consecuencias* de la democracia, Przeworski mostró que, contrariamente a lo que habían sostenido autores influyentes como Samuel P. Huntington, las democracias tienen un desempeño económico tan bueno como los regímenes autoritarios. •

Continuando con su interés en las reformas económicas y el diseño de políticas públicas en las democracias, Przeworski ha analizado las reformas económicas neoliberales, la posibilidad de redistribución y las opciones de política nacional independiente ante la globalización, y el impacto de las instituciones democráticas en los procesos y resultados de política pública. También ha ofrecido descripciones amplias de las teorías del Estado y la economía política en *The State and the Economy Under Capitalism*⁶ [*El Estado y la economía bajo el capitalismo*] y *States and Markets*⁷ [*Estados y mercados*].

Por último, Przeworski ha tenido una importante influencia en las prácticas metodológicas en política comparada. Es coautor de un libro de amplia difusión sobre metodología, *The Logic of Comparative Social Inquiry*⁸ [*La lógica de la investigación social comparada*]. Debido a que muchas de sus obras proporcionan ejemplos de cómo aplicar diferentes métodos para el análisis de complejas cuestiones sustantivas, su investigación ha ayudado a elevar los niveles metodológicos en política comparada.

Przeworski nació en Varsovia, Polonia, en 1940. Obtuvo una licenciatura en filosofía y sociología de la Universidad de esa misma ciudad en 1961 y un doctorado en ciencias políticas de la Universidad de Northwestern en 1966. Ha enseñado en las Universidades de Washington (1969–73), Chicago (1973–95) y New York (1995 al presente). En 1991 fue nombrado miembro de la *American Academy of Arts and Sciences* [Academia Estadounidense de Artes y Ciencias].

5. Adam Przeworski, Michael E. Alvarez, José Antonio Cheibub y Fernando Limongi, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, Cambridge University Press, New York, 2000.

• N. del T.: sobre los alcances de la democracia, véase también el reciente trabajo del autor, Adam Przeworski, *Democracy and the Limits of Self-Government*, Nueva York: Cambridge University Press, 2010; versión en castellano: Adam Przeworski, *Qué esperar de la democracia, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2010*.

6. Adam Przeworski, *The State and the Economy Under Capitalism*, Harwood Academic Publishers, New York, 1990.

7. Adam Przeworski, *States and Markets: A Primer in Political Economy*, Cambridge University Press, New York, 2003.

8. Adam Przeworski y Henry Teune, *The Logic of Comparative Social Inquiry*, Wiley, New York, 1970.

Aprendizaje y formación intelectual: de Polonia a los Estados Unidos

¿Cómo fue que le interesó estudiar ciencia política? ¿Qué impacto tuvo crecer en Polonia sobre su perspectiva de ella?

Dado que nací en mayo de 1940, nueve meses después de que los alemanes invadieran y ocuparan Polonia, cualquier evento político, incluso uno menor, era interpretado inmediatamente en términos de sus consecuencias para la propia vida. Todas las noticias eran sobre la guerra. Recuerdo a mi familia escuchando emisiones clandestinas de radio de la BBC cuando yo tenía tres o cuatro años. Cuando la guerra terminó, hubo un período de incertidumbre y luego la Unión Soviética básicamente asumió todo el control. Nuevamente, cualquier ruido en la Unión Soviética –cualquier conflicto entre la Unión Soviética y los Estados Unidos– era visto inmediatamente como algo que generaría consecuencias para nuestras vidas. Para mí fue así hasta que partí por primera vez hacia los Estados Unidos en 1961, justo luego de la construcción del Muro de Berlín. La vida cotidiana de uno estaba permeada por eventos macro-políticos internacionales. Todo era político.

Pero nunca pensé en estudiar ciencia política. Por un lado, en Europa en ese tiempo realmente no existía. Lo que teníamos era una tradición alemana y centro-europea llamada, traduciendo del alemán, “teoría del Estado y del derecho”. Esto incluía a Carl Schmitt y Hans Kelsen, el tipo de cosa que usualmente se enseñaba en las facultades de derecho. Esto era toda la ciencia política que había. En Polonia no era una disciplina independiente. De manera que nunca pensé en estudiar la política *per se*.

¿Qué hacían sus padres?

Ambos eran médicos. Mi padre, a quien nunca conocí, fue reclutado por el ejército polaco en 1939 y finalmente capturado por los rusos. Fue asesinado en Katyń, en la masacre de oficiales polacos perpetrada por los rusos, a poco de mi nacimiento. Mi madre no pudo trabajar como médica durante la ocupación nazi –en cambio se dedicó a hacer tortas– pero retomó su profesión luego de la guerra.

¿Dónde hizo sus estudios de pregrado y qué estudió?

Ingresé a la Universidad de Varsovia en 1957 para estudiar filosofía. En el sistema europeo vigente en ese momento uno ingresaba a una carrera de 5 años de duración y el primer título que recibía era una licenciatura [*Masters*]. Luego descubrí, como lo hicieron varios de mis colegas, que como estaba en la Facultad de Filosofía y Sociología podía recibir un título doble en ambas disciplinas si cursaba un par de materias más. Así que terminé obteniendo una licenciatura en Filosofía y Sociología en Varsovia. Solo luego, cuando vine a los Estados Unidos, a *Northwestern University*, estudié ciencia política.

¿Qué leyó en la Universidad de Varsovia?

Antes de la Segunda Guerra Mundial, Polonia tenía dos tradiciones intelectuales muy fuertes en las ciencias sociales. Una era el positivismo lógico. El así llamado Círculo de

Viena era, de hecho, el Círculo de Viena-Lwow•-Varsovia, y muchos lógicos prominentes fueron polacos.⁹ Esa fue una tradición muy fuerte. La otra era una tradición historicista predominantemente alemana, idealista y de derecha.¹⁰

Luego de la guerra, aunque el marxismo, obviamente, se convirtió en una nueva influencia, el positivismo mantuvo una presencia fuerte. Hubo un debate en la revista *Pensamiento Filosófico (Mysl Filozoficzna)* entre marxistas y positivistas, que los primeros estaban perdiendo. Luego el estalinismo ocupó el poder en el país y, en 1948, las llamadas “medidas administrativas” dieron por finalizado el debate. La revista fue cerrada y todos los positivistas fueron expulsados de la universidad. Sin embargo, a diferencia de lo que había sucedido en otros países con ocupación soviética, no fueron asesinados sino que se los puso a editar trabajos de Platón y Aristóteles, entre otros. Pero con el fin del período estalinista, alrededor de 1955, la represión disminuyó, y el mismo debate resurgió.

Fue un debate excelente llevado a cabo en una atmósfera de verdadero conflicto intelectual, y que produjo desarrollos muy interesantes. Si usted quiere rastrear los verdaderos orígenes del marxismo analítico, los va a encontrar en Polonia en 1957.¹¹ ¿Por qué? Básicamente, los positivistas le decían a los marxistas: “¿Qué entienden por ‘intereses de largo plazo’? ¿Qué son estas cosas a las que denominan ‘clases’? ¿Por qué las clases promoverían sus intereses de largo plazo?”. Los marxistas, que ya no estaban protegidos por las “medidas administrativas”, se veían forzados a buscar respuestas a estas preguntas. De manera que ingresé a la universidad en un momento fascinante de verdadera agitación creativa.

La carrera a la que ingresé reflejaba estas tendencias más amplias. Durante el estalinismo, la Facultad de Filosofía de la Universidad de Varsovia fue cerrada y remplazada por la Facultad de Materialismo Dialéctico. Asimismo se cerró la Facultad de Sociología, que databa de la década de 1870, y fue reemplazada por la Facultad de Materialismo Histórico. Luego, en 1957, el año en que ingresé a la universidad, se cerraron las facultades de Materialismo Dialéctico y Materialismo Histórico y se abrió una nueva facultad de Filosofía y Sociología, que reflejaba la influencia tanto de positivistas como de marxistas. La carrera en sí misma consistía en dos años de lógica matemática y muchísima filosofía de la ciencia. Esto se debía a la influencia de los positivistas. También incluía un curso muy sistemático y tradicionalmente centro-europeo de historia de la filosofía dictado por marxistas, gente cuyo nombre usted reconocería hoy: Leszek Kolakowski, Bronislaw Baczko. Tenía un excelente nivel.

• N. del T.: Lviv, hoy parte de Ucrania, formó parte de Polonia. Lwow es el nombre en polaco.

9. El Círculo de Viena era un grupo de filósofos y científicos creado en esa ciudad por Moritz Schlick. El grupo se reunió regularmente desde 1922 hasta 1932. Su enfoque filosófico, conocido como positivismo lógico, sostenía que la filosofía debería aspirar a ser tan rigurosa como la ciencia.

10. Un enfoque historicista sostiene que los conceptos y verdades pueden ser entendidos solo en relación con el contexto de un período histórico.

11. El marxismo analítico es una variante del marxismo que sostiene que la teoría marxista debe ajustarse a las metodologías científicas “normales”, y que esto debe incluir el desarrollo de micro-fundamentos.

¿Por qué escogió ir a los Estados Unidos en 1961 para seguir estudios avanzados en Northwestern University?

La historia es la siguiente. En primer lugar, Polonia era un país bastante cerrado. Así que todos crecimos en una atmósfera en la que queríamos ver otras cosas, salir y, por un completo accidente, conocí a un profesor de *Northwestern University*, R. Barry Farrell, en Varsovia. Se presentó en una reunión de un grupo de estudiantes en el que discutíamos regularmente en inglés. Me invitó a almorzar y, así de la nada, me preguntó si quería ir a los Estados Unidos a estudiar ciencia política. No recuerdo si me animé a preguntarle qué era la ciencia política: no sabía lo que era. De todas maneras, aunque me hubiese preguntado si quería trabajar en un barco navegando alrededor del mundo, habría dicho que sí. Tenía veinte años y hubiera ido a cualquier lugar a hacer cualquier cosa. Así que esa es la manera en que sucedió. Fue por puro accidente que aterricé en *Northwestern*.

¿Qué estudió en Northwestern?

En esa época, *Northwestern* tenía uno de los primeros “departamentos sobre comportamiento” (*behavioral departments*) del país. El cuerpo de profesores incluía a Richard C. Snyder, que hacía relaciones internacionales; Harold Guetzkow, la persona que comenzó a emplear sistemas de simulación internacional; y Kenneth Janda, una de las primeras personas en hacer investigación comparada empírica. El departamento de ciencia política de *Northwestern* tenía una suerte de mística. Pero la mayor parte de esa gente no era muy buena. Para ser franco, creo que no aprendí casi nada. Estaba demasiado bien educado para aprender algo allí. Recuerdo que el primer curso era una introducción estándar a la ciencia política, con una primera parte dedicada a la pregunta “¿qué es ciencia?” y la segunda parte dedicada a “política”. Yo pensaba que el conocimiento del profesor sobre filosofía de la ciencia era pésimo. Me metí en problemas varias veces por eso. No era un estudiante de posgrado disciplinado; leía lo que quería en vez de lo que me exigían que leyera, que básicamente era muchos “freudianos sociales”.

Para ser justo, tomé un curso interesante sobre desarrollo económico dictado por Karl de Schweinitz, un historiador económico.¹² También tomé un curso sobre diseño de investigación dictado por Donald Campbell, un psicólogo.¹³ Esto me ayudó mucho durante el resto de mi vida. Aprendí que proyectar estudios empíricos es una empresa muy delicada. Esos fueron los dos cursos en los que aprendí algo en mi formación de posgrado.

12. Karl de Schweinitz, Jr. es autor de *Industrialization and Democracy*, Free Press of Glencoe, New York 1964.

13. Donald T. Campbell es un estudioso de renombre por su obra sobre diseño de proyectos de investigación. Su obra incluye: Donald T. Campbell y Julian C. Stanley, *Experimental and Quasi-Experimental Designs for Research*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1966; Thomas D. Cook y Donald T. Campbell, *Quasi-Experimentation: Design and Analysis Issues for Field Settings*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1979; y Donald T. Campbell, *Methodology and Epistemology for Social Science: Selected Papers*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.

¿Podría analizar su trabajo de tesis?

Cursé durante dos años en *Northwestern*. Luego aprobé mis exámenes de habilitación y volví a Polonia con un tema de tesis sobre el impacto de los sistemas de partidos políticos en el desarrollo económico. Comencé a trabajar como sociólogo en la Academia Polaca de las Ciencias. Dado que salir de Polonia era muy difícil, tanto política como económicamente, nunca pensé que podría defender mi tesis estadounidense, así que simultáneamente fui escribiendo una segunda tesis vinculada con temas de sociología, que planeaba defender en Polonia. Sin embargo, un día la persona que me había invitado a estudiar en *Northwestern*, Barry Farrell, me escribió para decirme que *Northwestern* había consentido a que yo defendiera mi tesis en Varsovia. Había algunos profesores estadounidenses visitando la ciudad y él me dijo que podían constituir el comité para la defensa de mi tesis. De manera que tenía seis meses para terminar la tesis que hice en los Estados Unidos, lo que pude lograr.¹⁴ Por lo que sé, fue el primer estudio empírico de la relación entre instituciones políticas y desarrollo económico.

En ese momento, ¿pensaba en trabajar en forma permanente en Polonia?

Pensaba quedarme en Polonia. Pero, en 1967, fui invitado a la Universidad de Pennsylvania por un semestre. Desde 1964 había estado involucrado en un proyecto de colaboración internacional denominado “Estudios internacionales sobre los valores en política”. Era una investigación sobre política local basada en encuestas en los Estados Unidos, Polonia, Yugoslavia y la India, dirigida por un grupo de personas de la Universidad de Pennsylvania, especialmente el hoy fallecido Philip Jacob. Estábamos en la etapa de analizar datos, así que fui invitado a la Universidad de Pennsylvania a dictar un par de cursos y ayudar con el análisis de datos. Luego, cuando estaba en Pennsylvania, recibí otra invitación para ir a la Universidad de Washington en St. Louis por un semestre, que acepté. Más tarde, durante la primavera de 1968, mientras estaba en esa universidad, hubo una protesta estudiantil en Varsovia ferozmente reprimida. Hubo muchos arrestos y mis amigos me aconsejaron no volver.

¿Por qué le aconsejaron no volver a Polonia? ¿Estaba en problemas con el gobierno?

El año antes de partir para la Universidad de Pennsylvania había enseñado un curso de introducción a la sociología en la Universidad de Varsovia, y luego de la ola represiva del gobierno en 1968 (*crackdown*), algunos de mis estudiantes se convirtieron en disidentes eminentes. Un amigo brasileño, que era un comunista exiliado en Varsovia, Pedro Celso Cavalcanti, hizo un viaje especial a Berlín para llamarme y decirme que no volviera porque veintiocho de mis cuarenta estudiantes estaban en la cárcel. En Polonia también estaba en riesgo porque en 1963/4 había participado de un pequeño grupo de estudio que investigaba

14. Adam Przeworski, *Party System and Economic Development*, Ph.D. Dissertation, Northwestern University, 1966. Además de haber alcanzado el grado de doctor en ciencia política de *Northwestern University* en 1966, Przeworski recibió el título de doctor en sociología de la Academia Polaca de Ciencias en 1967.

quién había pagado el costo de la industrialización en Polonia bajo el régimen estalinista, de 1948 a 1955. La conclusión clara era que los que habían pagado el costo habían sido los trabajadores. Nuestro estudio mostró que el partido comunista, que decía gobernar el país como la cristalización de la dictadura del proletariado había, de hecho, explotado a los trabajadores. Esto era algo que, obviamente, no le gustaba nada al Partido. Así que no podía volver a Polonia. Pero tampoco podía quedarme en los Estados Unidos porque tenía problemas de visado. De pura casualidad, terminé en Chile.

¿Por qué en Chile?

En Polonia tenía un alumno chileno, Pablo Suárez, que finalmente regresó a Chile y me invitó a trabajar allí. Ésta era realmente la única oportunidad que tenía. No tenía nada de dinero, no tenía trabajo, no podía volver a Polonia ni quedarme en los Estados Unidos. Finalmente, la invitación no prosperó. Pero seguía interesado en ir a Chile y accidentalmente conocí a Glaucio Soares, que era entonces el director de la FLACSO (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales) en Santiago. Cuando se enteró de que estaba interesado en ir a Chile, me invitó, y hacia allí fui en el segundo semestre de 1968.

¿Trabajó sobre temas vinculados con Chile mientras estuvo allí?

No, para nada. Todavía estaba trabajando en el proyecto relativo al análisis de datos obtenidos de encuestas de la Universidad de Pennsylvania. Al mismo tiempo, estaba escribiendo un libro sobre política comparada junto con Henry Teune, de Pennsylvania.¹⁵ Pero durante esa primera estadía de seis meses en Chile mi mujer y yo nos enamoramos del país. Así que obtuve una beca del SSRC (*Social Science Research Council*) y volvimos a Chile en 1970/1971. Lo cierto es que para ese entonces, estaba trabajando con un colaborador chileno sobre la extensión del sufragio en Europa Occidental y América Latina. Pero nunca completé ese proyecto. De hecho, lo estoy haciendo ahora. Mi mujer, sin embargo, sí escribió una tesis doctoral sobre la historia económica de Chile.

Finalmente obtuvo un puesto permanente en la Universidad de Washington.

Sí. Obtuve un puesto permanente en la Universidad de Washington en 1969. Luego, en 1972, cuando estaba pasando un año en Francia, recibí una oferta de la Universidad de Chicago. Fui a Chicago en 1973 y allí me quedé por veintidós años.

¿Llegó alguna vez a ser profesor adjunto (assistant professor) aspirante a un cargo titular (tenure-track)?

Creo que sí. Pero no conocía el sistema muy bien, y la titularidad (*tenure*) era casi automática en ese momento. De hecho, cuando me estaba yendo a Chile en 1972, creo, y necesitaba algo de dinero para viajar, fui a ver al director del Comité de Estudios Latinoamericanos (*Latin American Studies Committee*) en la Universidad de Washington, el fallecido sociólogo Joseph Kahl, y le pedí dinero. Me preguntó: “¿Usted tiene o no

15. Adam Przeworski y Henry Teune, *The Logic of Comparative Social Inquiry*, Wiley, New York, 1970.

un cargo como titular”. Le pregunté: “¿Qué quiere decir eso?” Bueno, resulta que no lo tenía. Pero sí me fui a la Universidad de Chicago siendo titular.

Investigación sobre socialdemocracia, cambio de régimen y desarrollo

Capitalismo y socialdemocracia

El primer tema sustantivo que trabajó es la socialdemocracia. Publicó una serie de artículos y dos libros (Capitalism and Social Democracy y Paper Stones) sobre el tema.¹⁶ ¿Qué fue lo que motivó su interés en la socialdemocracia?

Yo era marxista, y estaba intentando encontrarle un sentido político a la socialdemocracia. Mi pregunta era por qué no había revolución en occidente. El marxismo ofrecía una teoría, que yo estimaba razonable en general, según la cual en los países industrializados debía haber una revolución apoyada, e incluso liderada por una clase trabajadora organizada. Sin embargo, la observación obvia era que no había revolución y que probablemente no la habría. Intentaba entonces determinar por qué.

También me influyó mucho Chile y su historia de socialismo. En 1970/1, durante el primer año del gobierno de Allende,¹⁷ yo vivía en Chile, y esto me hizo reflexionar sobre la plausibilidad de una estrategia de transformación gradual de la sociedad capitalista. La experiencia de Allende me generó la pregunta de si era viable para los socialistas competir en elecciones y aprobar reformas que tuvieran un apoyo electoral mayoritario. Esta pregunta me hizo volver a concentrarme en Europa para ver qué había ocurrido históricamente con el proyecto de lograr reformas socialistas en ese continente.

Mi agenda de investigación sobre socialdemocracia evolucionó. Inicialmente, alrededor de 1970, estaba interesado en estudiar la extensión del sufragio desde la perspectiva de “la legalización de la clase trabajadora”, tal es el título de un libro francés: ya no recuerdo el nombre del autor. Estaba interesado en analizar por qué las élites que gozaban del derecho al voto estuvieron dispuestas a extender estos derechos a otra gente, y a su vez, por qué los trabajadores estuvieron dispuestos a usar estos derechos de acceso al voto y trabajar desde dentro del sistema en vez de intentar destruirlo, un tema que recientemente se puso de moda entre los economistas. Finalmente, mi pensamiento partió de un análisis centrado en la extensión del sufragio y la decisión de los socialistas tempranos de participar en la política electoral y luego fue evolucionando hacia un enfoque más amplio de la socialdemocracia. Respecto de esta perspectiva más amplia, entendía que había dos preguntas que debían ser contestadas. Una se refería a los partidos socialistas y el proceso

16. Adam Przeworski, *Capitalism and Social Democracy*, op. cit.; Adam Przeworski y John Sprague, *Paper Stones*, op. cit.

17. Salvador Allende, presidente de Chile desde 1970 hasta 1973, encabezó una coalición de partidos de izquierda que buscaba introducir reformas radicales por medios democráticos. Fue derrocado por un alzamiento militar dirigido por el General Augusto Pinochet en septiembre de 1973.

electoral: ¿por qué los socialistas decidieron luchar por el sufragio y usarlo para pugnar por objetivos reformistas? La segunda tenía que ver con la estrategia económica: ¿por qué los socialistas estuvieron dispuestos a no nacionalizar los medios de producción una vez que tuvieron el poder de gobierno?

¿Cuáles fueron las conclusiones principales que derivó de su investigación?

La cuestión central que aprendí es que el reformismo fue una estrategia racional para los trabajadores. Apoyar la democracia capitalista respondía a los intereses de los trabajadores. Una victoria electoral de los partidos exclusivamente integrados por trabajadores no era factible históricamente porque la presuposición de que los trabajadores manuales de la industria y el transporte un día se volverían la enorme mayoría de la población en los países en vías de industrialización era errónea. Esto significaba que los partidos socialistas no podían ganar elecciones representando únicamente a los trabajadores; sólo podían ganar actuando como partidos pluriclasistas atrapa-todo (*catch-all*). Para lograr esto, tenían que ampliar su convocatoria más allá de los intereses específicos de los trabajadores.

Lo segundo que aprendí trabajando con Michael Wallerstein¹⁸ es que los trabajadores enfrentan una disyuntiva (*trade-off*) entre perseguir los fines de la distribución del ingreso y del crecimiento económico y que, bajo ciertas condiciones, la estrategia óptima para los trabajadores en el largo plazo podría ser limitar sus demandas distributivas. Al ejercer una moderación salarial, los trabajadores inducen al capitalismo a invertir, lo que causa un crecimiento de la economía. Por esto, los trabajadores terminan ganando. De manera que la estrategia socialdemócrata del compromiso de clase tenía una base racional.

¿Había algún autor particular a quien quisiera rebatir en su trabajo sobre socialdemocracia?

Me proponía discutir contra toda una tradición socialista, de Lenin a Trotsky, Lukacs y Luxemburgo, que veía a los socialdemócratas como traidores. Ese era el blanco principal de mi polémica. Más puntualmente, hay un pasaje que Marx escribió en 1850 en *Class Struggles in France* [La lucha de clases en Francia] que dice que la combinación de propiedad privada y sufragio universal era imposible.¹⁹ Esta frase, que Marx repite en otros trabajos, era mi blanco. Era obvio que la propiedad privada y el sufragio universal podían coexistir, pero no era nada claro por qué. La tradición de izquierda (el socialismo radical de cualquier tipo) decía básicamente que si una combinación de propiedad privada y sufragio universal fuera posible, lo sería porque los socialdemócratas eran “traidores”. Mi punto de vista era que los socialdemócratas no eran traidores. Antes bien, hicieron lo mejor que pudieron bajo las circunstancias existentes. Mi posición está capturada en la frase de Engels que sostiene que “los votos se volvieron piedras de papel”, que uso

18. Adam Przeworski y Michael Wallerstein, “The Structure of Class Conflict in Democratic Capitalist Societies”, *American Political Science Review*, Vol. 76, No. 2, junio de 1982, pp. 215-38

19. Karl Marx, *Class Struggles in France, 1848 to 1850*, Progress Publishers, Moscú, 1952; versión en castellano: Karl Marx, *La lucha de clases en Francia*, Claridad, Buenos Aires, 1961. El pasaje de la obra de Marx se encuentra citado en Adam Przeworski, *Capitalism and Social Democracy*, op. cit.; versión en castellano: Adam Przeworski, *Capitalismo y socialdemocracia*, op. cit.

como título de uno de mis libros.²⁰ Engels llegó a sostener que el sufragio universal era, de hecho, un instrumento efectivo para promover los intereses de los trabajadores y que ya no era necesario construir barricadas, ya que podían usarse los votos para acceder al poder. El poder de los funcionarios electos, a su vez, podía ser empleado para transformar las sociedades capitalistas.

En gran medida, entonces, su investigación se concentró menos en los orígenes de la democracia, incluyendo la cuestión de por qué se había concedido y extendido el acceso al voto, que en el funcionamiento de la democracia capitalista.

En realidad sí analicé la pregunta sobre por qué se había extendido el sufragio. Mi hipótesis era que había sido la respuesta a una amenaza revolucionaria. La extensión del sufragio había sido con frecuencia precedida de violentas movilizaciones. Por ejemplo, en 1867, una muchedumbre saltó las vallas del *Hyde Park* en Londres. Consideré que el sufragio era un dispositivo conservador, en el sentido británico, para calmar una amenaza revolucionaria. Pero no pensé mucho sobre el modo en que la propia democracia surge. Estaba medio anonadado por la democracia. Yo no crecí bajo un régimen democrático, así que para mí era un objeto extraño. Nada sobre la democracia era obvio. La pregunta de por qué funciona la democracia me generaba perplejidad; y aún lo hace.

Una segunda área sustantiva de su investigación ha sido la cuestión de las transiciones hacia la democracia y la estabilidad de ésta.

Comencé a pensar sobre las transiciones a la democracia de manera sistemática en 1979. Fui miembro original del proyecto O'Donnell/Schmitter/Whitehead.²¹ Nos reunimos por primera vez en 1979 en el *Woodrow Wilson Center* en Washington D.C. Recuerdo que realmente no sabía en qué consistía el proyecto. Philippe Schmitter, un amigo cercano, me dijo: “Participa, tendrás algo interesante para decir”, pero recuerdo que fue extraordinariamente difícil para mí encontrar algo para decir. Finalmente logré escribir un artículo.²² Pero realmente no sabía cuál era el tipo de teoría ni de experiencia relevante para la pregunta sobre las transiciones a la democracia. Tampoco creo que alguien más lo supiera.

En términos de teoría, unos tres días luego de comenzada la reunión en Washington, me llamó la atención que nadie hubiera mencionado a Barrington Moore o a Seymour Martin

20. Adam Przeworski y John Sprague, *Paper Stones*, *op. cit.*

21. Guillermo O'Donnell, Philippe Schmitter y Laurence Whitehead (eds.) *Transitions from Authoritarian Rule. Prospects for Democracy*, 4 volúmenes, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, Md., 1986; versión en castellano: Guillermo O'Donnell y Philippe Schmitter, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Paidós, 1988.

22. Adam Przeworski, “Some Problems in the Study of the Transition to Democracy”, en Guillermo O'Donnell, Philippe Schmitter y Laurence Whitehead (eds.), *Transitions from Authoritarian Rule. Comparative Perspectives*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, Md., 1986, pp. 47-63.

Lipset.²³ De cuarenta personas en la sala, al menos treinta enseñaban Moore y Lipset en sus cursos. Hice este comentario y pregunté: “¿No es extraño?”. Creo que entendíamos que las teorías de Moore y Lipset eran demasiado deterministas. Intentábamos modelar estrategias sobre la transición a la democracia, lo que significaba que pensábamos que algunos cursos de acción podían ser exitosos bajo determinadas condiciones mientras que otros no lo serían. Contrariamente a lo que sostenía Moore, las perspectivas de la democracia no estaban determinadas por lo que había ocurrido con la estructura de la clase agraria dos siglos atrás. Tampoco pensábamos, como lo hacía Lipset, que estas perspectivas estuvieran determinadas por el nivel de desarrollo. En términos de casos, mirábamos los ejemplos anteriores de democratización. Pero no estábamos seguros sobre si eran relevantes.

Eso fue unos buenos diez años antes del colapso del comunismo en Europa del Este. ¿Cuándo sintió por primera vez que algo grande pasaría en Europa del Este?

En junio de 1986. ¿Por qué? Bueno, en Polonia, en agosto de 1980, hubo una huelga seguida de una movilización masiva. El movimiento Solidaridad había sido creado en el lapso de tres semanas en septiembre de 1980. Dieciséis millones de personas se unieron al movimiento. Fue la mayor explosión de un movimiento social en la historia. Como resultado, el sistema en su conjunto se acercaba a su fin. Luego, el 13 de diciembre de 1981, tuvimos lo que vi como un golpe de estado al estilo latinoamericano, liderado por el general Jaruzelski. Yo leía ese evento a través de la interpretación marxista sobre la Francia del período 1848-1851. Es decir, lo veía como la prueba de que el Partido Comunista era incapaz de gobernar el país y que había quedado en la posición de tener que buscar protección a través de los militares. En ese momento, escribí una pieza corta llamada “El Dieciocho Brumario del General Jaruzelski”.²⁴ Para mí, la pregunta era si los militares podrían mantener el sistema cuando el partido no había logrado hacerlo. Los militares lo lograron inicialmente con bastante represión. Sin embargo, había todavía mucho descontento popular y huelgas intermitentes en la primera parte de los años 80. Los militares usaron una estrategia de avance y retroceso: reprimían, retrocedían y buscaban reconciliación, luego volvían a reprimir y a retroceder. El 22 de julio era el día de la independencia de la Polonia comunista; esta es la fecha en que los comunistas establecieron el control luego de la Segunda Guerra Mundial. El gobierno siempre declaraba una amnistía ese día. El chiste en Polonia a comienzos de los años 80 era: “¿Qué pasó el 22 de julio de

23. Seymour M. Lipset, “Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy,” *American Political Science Review*, Vol. 53, N° 1 (1959), pp. 69-105; Barrington Moore, Jr., *Social Origins of Dictatorship and Democracy: Lord and Peasant in the Making of the Modern World*, Beacon Press, Boston, 1966.

24. Marx escribió un libro sobre Francia titulado *El dieciocho brumario de Luis Napoleón*, en el cual analiza el proceso que tuvo como consecuencia el establecimiento de la dictadura liderada por Louis Bonaparte, sobrino de Napoleón Bonaparte, en diciembre de 1851. El *dieciocho brumario* se refiere al 9 de noviembre de 1799 en el calendario de la Revolución Francesa, el día en que el primer Napoleón Bonaparte se proclamó dictador mediante un golpe de Estado.

1982? Hubo una amnistía. ¿Qué pasará el 22 de julio de 1983? Habrá una amnistía todavía más importante”. Esto es lo que todo el mundo pensaba. Pero para 1985, el gobierno vio que su estrategia simplemente no estaba funcionando, por lo que decidió no arrestar ya a trabajadores en huelga. Tuve la sensación de que podían estar dándose por vencidos.

En junio de 1986, estaba en Varsovia y me fui a caminar, como hacía a menudo, con un amigo que era un prominente comunista reformista, Jerzy Wiatr. Me dijo: “Estamos comenzando a pensar que podemos tener elecciones a nivel local para abrir un poco el panorama”. Yo le dije: “Si organizan elecciones van a perder”, a lo que me respondió: “Sabes, no importa tanto *si* ganamos o perdemos, sino *qué* perderemos”. Entonces pensé, ¡guau!

¿Qué quería decir con “qué perderemos”?

Se refería a si los gobernantes iban a perder sus vidas, sus trabajos, o sólo las elecciones. Yo pensaba que esto era extraño. Gorbachov había llegado al poder en Rusia en 1985 y los rusos habían comenzado a hablar de reformas económicas. No sé por qué, pero luego de la conversación con mi amigo en Varsovia, me zambullí a la lectura de los debates de los economistas rusos sobre las reformas económicas. Una de las primeras intuiciones fuertes que tuve fue que no se podía poner límite a esas reformas económicas una vez implementadas; era una pendiente resbaladiza. Cuando empiezas a hacer lo que Gorbachov y su equipo de reformistas estaban planeando hacer, es decir, introducir algún tipo de mecanismo de precios, no hay forma de justificar el resto del modelo económico comunista. Una vez que has dado ese primer paso, tienes que seguir. Es como la teoría de la bicicleta: si no sigues andando, te caes. Para 1987, me convencí de que algo importante estaba cobrando forma en Europa del Este.

Estoy reivindicando un punto acá. En 1984, Huntington, el gran teórico de las transiciones a la democracia, escribió un artículo diciendo que la transición en Europa del Este no era posible.²⁵ En 1989, Juan Linz escribió algo similar y se publicó en 1990.²⁶ En 1988, yo estaba en un congreso en Brasil y hablaba sobre transiciones al capitalismo en Europa del Este. Me sacaron del salón a gritos y me acusaron de ser un traidor, un idiota, un enemigo de clase y muchas cosas más.

Su trabajo sobre las transiciones a la democracia se distinguía por su empleo de teoría de juegos para analizar formalmente elecciones estratégicas. ¿Por qué recurrió a la teoría de juegos en un momento en el que no era una herramienta usual en los estudios sobre democratización?

Estaba extremadamente sorprendido por el nivel en que los comunistas polacos pensaban estratégicamente. En ese momento iba a Varsovia bastante seguido y para mí

25. Samuel Huntington, “Will More Countries Become Democratic?” *Political Science Quarterly*, Vol. 99, N° 2 (verano de 1984), pp. 193-218.

26. Juan J. Linz, “Transition to Democracy,” *The Washington Quarterly*, Vol. 13, N° 3 (verano de 1990), pp. 143-64.

era muy claro que los comunistas estaban elaborando estrategias muy cuidadosamente, aun cuando cometieran muchos errores. De hecho, sea que uno fuera a España a mediados de los años 70 o a Polonia a mediados de los 80, la gente, entre un trago y otro, hablaba de política analizándola en términos estratégicos. Esto no quiere decir que todos supieran todo, que todos pudieran anticipar todas las consecuencias de sus elecciones. Pero me sorprendió desde el comienzo que la gente estuviera pensando estratégicamente. Empecé a pensar que tal vez podría ponerme en sus zapatos, intentando comprender la situación estratégicamente, modelarla, y luego ver qué se me ocurría. La decisión de usar la teoría de juegos probablemente nació de mi inclinación metodológica general por construir un argumento coherente en términos lógicos y emplear herramientas formales para comprobar si este es, en realidad, lógicamente correcto. Por eso es que Philippe Schmitter me invitó a participar en el proyecto del *Wilson Center*. Cuando Philippe dijo: “Algo tendrás para decir”, era porque creía que yo probablemente pensaría sobre transiciones a la democracia en términos diferentes a los suyos y a los de Guillermo O’Donnell. José María Maravall, un amigo cercano, recientemente recordaba la conferencia del *Wilson Center*, y me dijo: “Cuando comenzaste a hablar, pensé que venías de un mundo diferente. Luego fuiste al pizarrón y comenzaste a dibujar esas cajas y flechas. No tenía idea de qué se trataba”. Ahora él mismo usa la teoría de juegos. Entonces creo que mi uso de la teoría de juegos se debía a una combinación de mis inclinaciones metodológicas y mi fuerte intuición de que los actores políticos involucrados en las transiciones a la democracia pensaban estratégicamente.²⁷

***¿Qué agregó su análisis teórico de las transiciones a la democracia basado en la teoría de juegos al trabajo de Guillermo O’Donnell y Philippe Schmitter?*²⁸**

Déjame responder con algunas vueltas. A mediados de los años 70 estaba en una conferencia con Fernando Henrique Cardoso; y Fernando Henrique estaba haciendo una de sus cosas sobre la teoría de la dependencia.²⁹ Había intereses, luego los intereses se organizaban en clases y fracciones; las clases y fracciones hacían alianzas, y así. Le pregunté: “¿Cómo sabes que de estas clases y fracciones vas a tener alianzas?”. Respondió: “Oh, Adam, me estás preguntando por formulismos vacíos”. Bueno, no creía que esos

27. Ver las reflexiones de Przeworski sobre la literatura referida a las transiciones a la democracia en Adam Przeworski, “Democratization Revisited,” *Items* (SSRC), Vol. 51, Nº 1, (marzo de 1997), pp. 6-11.

28. Ver especialmente Adam Przeworski, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, ob. cit., capítulo 2; versión en castellano: Adam Przeworski, *Democracia y mercado: reformas políticas y económicas en la Europa del Este y América Latina*, ob. cit. Guillermo O’Donnell y Philippe Schmitter, *Transitions from Authoritarian Rule. Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, Md., 1986; versión en castellano: Guillermo O’Donnell y Philippe Schmitter, *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Paidós, 1988.

29. Cardoso es uno de los fundadores de la teoría de la dependencia, que enfatiza la importancia de los determinantes externos sobre las perspectivas de desarrollo de los países pobres. Su obra más leída es Fernando H. Cardoso y Enzo Faletto, *Dependency and Development in Latin America*, University of California Press, Berkeley, 1979; versión en castellano: Fernando H. Cardoso y Enzo Faletto, *Dependencia y Desarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1990.

fueran formalismos vacíos, porque el modo en que las alianzas surgen desde una estructura de intereses no resulta obvio. Podría ocurrir que fuera posible solo una alianza, varias, o ninguna. Así que necesitamos algunas herramientas para determinar qué alianzas son posibles. Yo veía a la teoría de juegos como una herramienta que nos permitía determinar qué tipo de resultados debíamos esperar bajo condiciones particulares, bajo estructuras particulares de intereses.

Específicamente, uno de mis descubrimientos fue que si los principales actores involucrados en las transiciones potenciales a la democracia tienen información completa sobre las preferencias de los otros, entonces bajo las presuposiciones con las que describimos la situación, nunca ocurriría una transición. Esto quiere decir que tienes que comenzar a preocuparte por la cuestión de quién conoce qué. ¿Conoce el régimen a la oposición o la oposición al régimen? ¿Cuál es la diferencia que esto genera? Para responder a estas preguntas necesitas herramientas, herramientas formales. Creo que Philippe y Guillermo, en su volumen *Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*³⁰ [*Conclusiones tentativas sobre democracias inciertas*] de algún modo se lavaron las manos, limitándose a señalar que, en las transiciones a la democracia, las cosas son inciertas. Pero estas transiciones no son tan inciertas como ellos pensaban. Había más estructura y, por ende, más información sobre las transiciones de régimen, que podrían haber utilizado.

¿Con quién hablaba sobre la cuestión de cómo formalizar su análisis sobre las transiciones a la democracia basado en la teoría de juegos? En ese momento no había bibliografía en la materia.

Con nadie. No tenía interlocutores. Pero, incluso cuando lo que proponía era nuevo, creo que mi razonamiento persuadió a mucha gente; en parte, les resultó útil. En 1986 publiqué un artículo en el que usé algunas ideas del trabajo de Thomas Schelling para echar luz acerca de cuándo los partidarios del gobierno autoritario que detentaban el poder comenzarían a abandonar el barco.³¹ Y recuerdo que la gente lo encontró útil. Hasta Juan Linz lo encontró útil. Estaban escuchando.

Pero luego, ciertas personas criticaron su análisis de las transiciones basado en la teoría de juegos por no ser lo suficientemente formal.³² ¿Cuál es su opinión sobre esas críticas?

Mi modelo era crudo y rudimentario debido a tres razones. La primera es que hace veinticinco años no había tantos trabajos de teoría de juegos en materia política. La segunda es que no tenía la suficiente destreza para hacerlo mejor. La tercera es que yo quería usar solo lo que fuera necesario de una herramienta para poder comprender, de

30. Guillermo O'Donnell y Philippe Schmitter, *Transitions from Authoritarian Rule. Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, op. cit.; versión en castellano: Guillermo O'Donnell y Philippe Schmitter, *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, op. cit.

31. Adam Przeworski, "Some Problems in the Study of the Transition to Democracy", op. cit.

32. Ver, por ejemplo, Scott Gates y Brian D. Humes, *Games, Information, and Politics: Applying Game Theoretic Models to Political Science*, University of Michigan Press, Ann Arbor, MI, 1997, capítulo 5.

una manera que encontrara satisfactoria, qué estaba sucediendo. No pretendía escribir un artículo sobre teoría de juegos. Sabía que había gente de línea dura, reformistas y la oposición, y eso era lo suficientemente bueno para mí. No pensaba que necesitara más.

Continuó su investigación basada en la teoría de juegos de las transiciones a la democracia con algún trabajo estadístico sobre las transiciones a la democracia y la estabilidad de dicho régimen.³³

Para 1990, teníamos ya unas cuantas democracias nuevas, y la pregunta que surgía en la agenda política e intelectual era la “consolidación”, un término que no me gusta usar. Así que empecé a hacerme la misma pregunta que el resto, es decir: “Ahora que tenemos estas democracias, ¿serán exitosas? ¿Sobrevivirán o no?”. Yo formulé la pregunta general: “¿Cuáles son las condiciones bajo las cuales las democracias sobreviven y aquéllas bajo las cuales mueren?”.

El hecho de que tuviéramos tantas democracias nuevas significaba que teníamos suficientes casos de transición a la democracia como para comenzar a pensar estadísticamente sobre la democratización. Incluso cuando nunca lo advertimos, solíamos ser extremadamente bayesianos³⁴ en nuestra perspectiva sobre el estudio de la democratización contemporánea. En 1979, teníamos sólo tres casos de transiciones a la democracia sobre los que construir nuestras creencias: Portugal, Grecia y España. Por ende, cada nuevo caso de transición a la democracia cambiaba nuestra opinión sobre las causas de la democratización. Nuestras creencias eran muy inestables. Cada caso contaba, porque eran extremadamente pocos. Así fue como aprendimos sobre democratización. Para comienzos de los años 90, comencé a pensar que ya teníamos casos suficientes de nuevas democracias como para comenzar a analizarlos estadísticamente.

Uno de los hallazgos centrales de su investigación fue que el nivel de desarrollo económico explica la supervivencia de las democracias, como Lipset había sugerido en 1959,³⁵ ***pero no da cuenta del surgimiento de las democracias. Su tesis sobre la existencia de un patrón asimétrico de causalidad ha sido cuestionada por parte de varios autores, que sostienen que incluso sus propios datos no le dan crédito.***³⁶

No hay duda de que la probabilidad de que una democracia sobreviva aumenta con el ingreso *per cápita*. Esto se puede controlar por cualquier variable, desde la piletta de la

33. Sus trabajos más relevantes son: Adam Przeworski y Fernando Limongi, “Modernization. Theory and Facts,” *World Politics*, Vol. 49, N° 2 (1997), pp. 155-83; y Adam Przeworski, Michael E. Alvarez, José Antonio Cheibub y Fernando Limongi, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, Cambridge University Press, New York, 2000, ver especialmente capítulo 2.

34. Las estadísticas bayesianas se basan en una visión que considera el grado de convencimiento que tiene una persona acerca de si un evento va a ocurrir. Este enfoque se contrasta con un método de inferencia estadística clásico, que se basa en una visión de la probabilidad vinculada con la frecuencia.

35. Seymour M. Lipset, “Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy”, *American Political Science Review*, Vol. 53, N° 1 (1959), pp. 69-105.

36. Carles Boix y Susan Stokes, “Endogenous Democratization”, *World Politics*, Vol. 55, N° 4 (Julio de 2003), pp. 517-49.

cocina hasta el altílo de la abuelita. Esa relación sobrevive a cualquier cosa. Es monótonica y fuerte, increíblemente fuerte. No tengo ningún atisbo de duda sobre eso.

Con relación a si las transiciones a la democracia son más frecuentes en la medida en que los países se desarrollan económicamente, déjame decir lo siguiente: cuando Fernando Limongi y yo estudiamos por primera vez esta cuestión en nuestro artículo de 1997 publicado en *World Politics*,³⁷ no encontramos ninguna relación significativa entre transiciones a la democracia y las variables que consideramos. Cuando escribíamos el libro *–Democracy and Development–* y refinamos los datos, encontramos una pequeña curvatura por ahí, es decir, encontramos algo de evidencia de una relación entre el desarrollo económico y las transiciones a la democracia.³⁸ Pero no prestamos mucha atención a esta relación, en parte porque no podíamos prestarle atención estadísticamente debido al modo en que la estábamos estimando. Luego Boix y Stokes cuestionaron nuestros hallazgos.³⁹ Ahora existe una gran cantidad de artículos que sostienen que las probabilidades de democratización aumentan en la medida en que los países se desarrollan económicamente. Pero todos ellos especifican incorrectamente el modelo estadístico. Resulta que las transiciones de régimen no siguen un proceso Markov de primer orden: lo que quiero decir es que las probabilidades de transición dependen de la historia pasada, no sólo de las condiciones presentes. Una vez que uno introduce la historia del régimen en cualquier especificación estadística, la relación entre desarrollo y democratización desaparece.⁴⁰ Afirmar que las chances de que los países se vuelvan democráticos aumentan en la medida en que se desarrollan económicamente es lisa y llanamente falso.

¿Tiene algún pálpito sobre por qué el impacto del ingreso no es el mismo bajo regímenes democráticos que bajo regímenes autocráticos? Es decir, ¿por qué el nivel de ingreso tiene un efecto tan poderoso sobre la supervivencia de las democracias pero no de las dictaduras?

Tengo intuiciones. Creo que la democracia se vuelve más estable en sociedades más desarrolladas porque la gente se vuelve más rica; un intento por subvertir la democracia pondría demasiado en juego. La movilización política intensa es riesgosa en general, y en democracias ricas es incluso más riesgosa porque la gente tiene demasiado que perder. Por ejemplo, si la elección presidencial de los Estados Unidos de 2000 hubiese ocurrido en un país con un tercio del ingreso de los Estados Unidos habría terminado en un golpe de estado o una guerra civil, como sucedió en Costa Rica en 1948 bajo circunstancias muy similares. Estos resultados no se dieron porque la gente en los Estados Unidos tiene

37. Adam Przeworski y Fernando Limongi, "Modernization. Theory and Facts", *World Politics*, Vol. 49, N° 2 (1997), pp. 155-83.

38. Adam Przeworski, Michael E. Alvarez, José Antonio Cheibub y Fernando Limongi, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, *ob. cit.*

39. Carles Boix and Susan Stokes, "Endogenous Democratization", *World Politics*, Vol. 55, N° 4 (July 2003), pp. 517-49.

40. Adam Przeworski, "Economic Development and Transitions to Democracy: An Update", manuscrito inédito, Department of Politics, New York University, 23 de agosto de 2003.

demasiado que perder. Finalmente dijeron: “Bueno, vamos a ser gobernados por un presidente que probablemente se robó la elección, no tiene legitimidad y nos desagrada. ¿Y qué? Sobreviviremos. Tenemos nuestras casas, nuestros autos y nuestros equipos de televisión. Entonces, ¿para qué molestarse? Hay demasiado en juego como para salir a la calle, construir barricadas o lo que sea”. A diferencia de esto, en países menos desarrollados hay menos en juego. Esta es la razón por la cual las democracias sobreviven en los países ricos.

Pero, ¿por qué no funciona el mismo mecanismo para el caso de las dictaduras?

Si tengo razón en que las dictaduras ricas son estables, el tipo de mecanismo que he descrito recién podría ciertamente estar funcionando. Es decir, cuando te conviertes en un Taiwán, Corea del Sur, o incluso Alemania del Este o España durante el gobierno de Franco, estos sistemas funcionan. La gente come, y rebelarse contra el sistema se vuelve peligroso. Es siempre peligroso, pero tal vez se vuelve muy riesgoso porque hay demasiado que perder. Ahora, las dictaduras ricas finalmente caen. Pero mi argumento es que no caen debido al nivel de ingreso; caen por una acumulación de eventos fortuitos. Por ejemplo, la dictadura en Taiwán no cayó por haberse vuelto rica, sino porque Taiwán necesitaba el apoyo de las democracias en su lucha geopolítica contra China. Pienso que las razones por las cuales cayó la dictadura en España son dos. En primer lugar, el dictador que la fundó finalmente murió; además, España quería ingresar en el Comunidad Europea y no podía hacerlo siendo una dictadura. Creo que la dictadura cayó en Alemania del Este porque había caído antes en la Unión Soviética. Creo que en Venezuela la dictadura cayó en 1958 –la cuarta dictadura más rica en caer en toda la historia– porque el gobierno de los Estados Unidos dejó de apoyar a Jiménez.⁴¹ Así que las dictaduras finalmente mueren. Pero mueren por razones idiosincrásicas, no porque se hayan desarrollado económicamente.

Usted ha dicho que comprendemos bastante bien por qué caen las democracias, pero que todavía no tenemos un buen entendimiento de por qué caen las dictaduras. ¿Podría ser que parte de la razón de esta brecha en nuestro conocimiento se debe a que la gente ha pasado más tiempo estudiando las democracias que las dictaduras?

Sí. Actualmente no estamos haciendo un buen trabajo a la hora de distinguir una dictadura de otra. Esto genera un problema para el modo en que he estado estudiando las transiciones a la democracia. He estudiado la cuestión estadísticamente presuponiendo que la caída de una dictadura es equivalente al surgimiento de una democracia. Pero muy frecuentemente las dictaduras caen y son reemplazadas por otras dictaduras. Así que necesitamos distinguir entre dictaduras, permitiendo la posibilidad de que el resultado de la caída de una dictadura sea otra dictadura, para luego realizar una nueva estimación del modelo. Ahí pienso que sabríamos más. En este momento estoy trabajando en este tema con una ex alumna de posgrado, Jennifer Gandhi. Escribimos juntos un artículo, y

41. Marcos Evangelista Pérez Jiménez encabezó la dictadura militar de Venezuela desde diciembre de 1952 hasta enero de 1958.

ella escribió una tesis completa sobre la cuestión de las instituciones bajo los regímenes dictatoriales.⁴² Por alguna razón, la literatura decidió hace mucho tiempo que, en los gobiernos dictatoriales, las instituciones son meramente decorativas. Finalmente, es el dictador individual o colectivo quien decide. Toma a Friedrich y Brzezinski; en su introducción a su libro sobre dictaduras⁴³ afirman: “No vamos a molestarnos en estudiar las constituciones y las instituciones. No importan”. La mayor parte de la doctrina hace lo mismo. Hay un libro muy bueno de Brooker, una suerte de revisión de la literatura sobre dictaduras.⁴⁴ Sin embargo, la palabra “ley” [*law*] o “instituciones” ni siquiera aparece en el índice. Juan Linz se ha preocupado mucho sobre los tipos de dictadura.⁴⁵ El problema es que su clasificación no es operativa. No puedo reproducirla. Juan sabe esto, porque toda la historia está almacenada en su cabeza. Pero soy un gran creyente en las clasificaciones reproducibles, y no sé qué eventos observables tendré que considerar para alcanzar la misma conclusión a la que Juan llega.

Así que Jen Gandhi y yo formulamos la pregunta: “¿Es verdad que las instituciones no importan bajo un régimen dictatorial?”. Los resultados de las investigaciones nos indican, de manera consistente, que las instituciones efectivamente importan mucho. Ellas afectan todo tipo de políticas y resultados. Creo que las dictaduras constituyen, por lejos, el área menos estudiada en política comparada. Necesitamos comenzar a reflexionar sobre esto.

Hay un contraste notable entre su libro de 1991, *Democracy and the Market*, y su libro de 2000, *Democracy and Development*, escrito en coautoría.⁴⁶ En 1991, usted criticó a Lipset y Barrington Moore por hacer historia sin gente y enfatizó la importancia de enfocarse en actores estratégicos. Sin embargo, su libro de 2000 podría ser caracterizado como correlaciones sin gente. Parece haber un cambio de perspectiva y una pérdida de cierto sentido de la política en su trabajo.

Esa caracterización es completamente justa. El propósito del libro de 2000 era clarificar parte del desorden en la literatura empírica. Nos dijimos: “Obtengamos los mejores datos que podamos, hagamos tests robustos, y luego decidamos en qué deberíamos creer”. Estábamos reprimiendo de manera programática cualquier hallazgo

42. Jennifer Gandhi y Adam Przeworski, “Dictatorial Institutions and the Survival of Dictators,” manuscrito inédito, Department of Politics, New York University, 2002.

43. Carl Friedrich y Zbigniew Brzezinski, *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*, Harvard University Press, Cambridge, 1965.

44. Paul Brooker, *Non-Democratic Regimes: Theory, Government and Politics*, St. Martin’s Press, New York, 2000.

45. Ver Juan J. Linz, “Totalitarianism and Authoritarian Regimes”, en Fred Greenstein y Nelson Polsby (eds.), *Handbook of Political Science*, Vol. 3, Macropolitical Theory, Addison-Wesley Press, Reading, Mass., 1975, pp. 175-411. Reimpresión con una nueva introducción, Juan J. Linz, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lynne Rienner, Boulder, 2000.

46. Adam Przeworski, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, op. cit.; versión en castellano: Adam Przeworski, *Democracia y mercado: reformas políticas y económicas en la Europa del Este y América Latina*, ob. cit. Adam Przeworski, Michael E. Alvarez, José Antonio Cheibub y Fernando Limongi, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, op. cit.

teórico, diciendo deliberadamente: “No queremos teorizar, no queremos condicionar estos hechos con presuposiciones teóricas. Queremos ser puramente inductivos, puramente frecuentistas”. Establezcamos primero los hechos y luego pensemos en cómo explicarlos. Recientemente he publicado dos artículos sobre por qué sobreviven las democracias en los países desarrollados.⁴⁷ Uno tiene que elaborar un modelo muy complicado para determinarlo. Creo que ahora tengo una historia que explica esto. Pero analizar este tipo de preguntas e introducir micro-motivaciones y decisiones estratégicas es una tarea diferente de la que nos propusimos en el libro de 2000. Mi idea era ver cuáles eran los hechos que tenían que ser explicados, para recién luego explicarlos. Recibo todo el tiempo artículos escritos por economistas que dicen “éste es un hecho estilizado”, y luego proponen algún modelo realmente complicado para explicarlo. Frecuentemente respondo esos artículos diciendo “no existe tal hecho”. De manera que no quería escribir modelos hasta saber qué quería explicar.

Los determinantes del desarrollo

Otro tema importante que analiza en *Democracy and Development* se refiere a los determinantes políticos del desarrollo económico

Toda la vida he estado interesado en esta cuestión, que se remonta a Polonia y a mis años como estudiante de posgrado en *Northwestern*. El régimen comunista en Polonia obtuvo legitimidad al afirmar que iba a generar desarrollo. Los comunistas decían que estaban ofreciendo un atajo para alcanzar la modernidad. En Polonia teníamos dudas sobre esta afirmación. ¿Era cierto que la dictadura era necesaria para el desarrollo económico? ¿O sólo se trataba de propaganda del régimen comunista? La misma cuestión resurgió en los Estados Unidos, donde tanto Karl de Schweinitz como Walter Galenson publicaron artículos en 1959 diciendo básicamente: “Somos demócratas, pero tal vez tengamos que enfrentar el dato duro de que en los países pobres se necesita una dictadura para movilizar los recursos necesarios para el desarrollo”.⁴⁸ Esa era la pregunta que analicé en mi tesis, y ha sido una cuestión sobre la que he pensado durante el resto de mi vida.

Luego de 1990, la pregunta amplia acerca del impacto de los regímenes políticos sobre el desarrollo volvió a cobrar relevancia. Queríamos saber no sólo si las nuevas democracias que habían surgido iban a sobrevivir, sino también qué tipo de resultados económicos iban a generar. El discurso de los Estados Unidos sobre la cuestión había cambiado. Mientras que el argumento estándar había sido que las democracias no eran buenas para el desarrollo, la propaganda oficial estadounidense ahora sostenía que las

47. Adam Przeworski, “Democracy as an Equilibrium,” *Public Choice*, 123 (2005), pp. 253-273. Benhabib, Jess y Adam Przeworski. “The political economy of redistribution under democracy”, *Economic Theory* (2005).

48. Karl de Schweinitz Jr. “Industrialization, Labor Controls, and Democracy”, *Industrial Development and Cultural Change*, Vol. 7, N° 4 (1959), pp. 385-404; Walter Galenson, *Labor and Economic Development*, John Wiley and Sons, New York, 1959.

democracias producirían un mayor desarrollo. Mientras tanto, se había ido acumulando literatura sobre la materia. La repasamos junto a un ex alumno, Fernando Limongi, y la encontramos desconcertante.⁴⁹ La parte más desconcertante era que ningún estudio previo a 1982 mostraba que las democracias crecieran más rápido y, sin embargo, ningún estudio posterior a 1982 mostraba que las dictaduras crecieran más rápido. Dado que por esa época se había producido un cambio de ideología, pensaba que este patrón en la literatura era peculiar. De manera que decidí estudiar la cuestión seriamente, estadísticamente, y con buenos datos.

¿A qué conclusión llegó?

Es claro que la democracia, a nivel agregado, no afecta el ritmo del crecimiento del ingreso total. Algunos autores, como Robert Barro,⁵⁰ sostienen que si mides la democracia en términos continuos, encuentras una relación curvilínea entre democracia y desarrollo. Pero creo que también hay una relación curvilínea entre dictadura y desarrollo: los países no democráticos con niveles medios de ingreso también tienen altos niveles de crecimiento. Si trazas un gráfico con niveles de crecimiento por ingreso *per cápita*, verás que alcanzan un máximo y luego comienzan a disminuir. Así que creo que los economistas como Barro están detectando un patrón que es independiente de la democracia. Creo que los regímenes políticos, a nivel agregado, no tienen impacto sobre el desarrollo.

El Santo Grial de toda esta búsqueda, y todavía me dedico activamente a ella, es encontrar las instituciones políticas efectivas para el desarrollo. Este programa no ha tenido éxito hasta ahora. Hay autores que emplean mediciones subjetivas de las instituciones, como la seguridad en los derechos de propiedad, la independencia del poder judicial, la transparencia, la corrupción, etc. Todas estas mediciones cubren un período reciente. Si haces un corte transversal, encuentras que estas instituciones se correlacionan con el crecimiento económico. Funciona siempre. Pero cuando intentas reproducir estos resultados empleando eventos observables en vez de mediciones subjetivas, nunca obtienes resultado alguno. Así que incluso a este nivel más desagregado, no podemos encontrar todavía ningún efecto de las instituciones sobre el crecimiento. Muchos autores sostienen: “Las instituciones importan”, pero luego la pregunta es: “¿Qué instituciones?”. No sabemos. Tal vez las instituciones importen, pero no sabemos cuáles. Sigo en este tema, recopilando datos que se remontan más atrás en la historia.

El concepto de democracia

En la investigación estadística que dirigió en *Democracy and Development*, usted usa lo que denomina una “concepción minimalista” de democracia, en tanto sistema en el que

49. Adam Przeworski y Fernando Limongi, “Political Regimes and Economic Growth,” *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 7, N° 3 (verano de 1993), pp. 51-69. Versión en castellano: Adam Przeworski y Fernando Limongi, “Regímenes Políticos y Crecimiento Económico”, *Desarrollo Económico*, 34:134 1994.

50. Robert J. Barro, *Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study*, MIT Press, Cambridge, MA, 1997.

los gobernantes son seleccionados sin violencia en elecciones competitivas. Asimismo, usted ha argumentado explícitamente a favor de tal concepción minimalista.⁵¹ ¿Por qué ha adoptado esta perspectiva?

La gente tiene expectativas muy altas sobre la democracia. Parto de una interpretación de la democracia como un sistema en el que los gobernantes son elegidos y deben someterse a la posibilidad de reelección, es decir, pueden ser removidos por medio del voto de una mayoría de los ciudadanos. Buscaba entender, a través del pensamiento inductivo y deductivo, qué es razonable esperar de la democracia. Como ya hemos visto, los resultados estadísticos muestran que no deberíamos esperar que se produzca desarrollo económico a partir de la democracia. Pero, ¿deberíamos esperar que las decisiones sean racionales, más o menos en el sentido del siglo dieciocho? Nuevamente digo “no”. ¿Deberíamos esperar rendición de cuentas? Bueno, sabemos que las elecciones son un instrumento muy imperfecto para la rendición de cuentas y que, ciertamente, no resultan suficientes para asegurarla. ¿Deberíamos esperar que los gobiernos democráticos produzcan igualdad? Aquí pienso que el enigma sigue abierto. ¿Por qué es que las democracias no igualan más los ingresos? Creo que deberíamos esperar tal igualación, pero difícilmente la veamos. Así que respondo la pregunta “¿qué deberíamos esperar de los gobiernos democráticos?” del siguiente modo: desarrollo, no; racionalidad, no; rendición de cuentas, poco; igualdad, tal vez.

¿Qué podemos esperar con alguna certeza de la democracia? Deberíamos esperar que la gente no se mate entre sí o que no sea asesinada por el gobierno. Esta es la razón por la que vuelvo a Popper⁵² y Bobbio⁵³ y digo: “La democracia es un sistema que evita que nos matemos entre nosotros, y eso es ya suficiente”. Arribé a esta concepción de la democracia como resultado del golpe de 1973 en Chile contra Allende. Me di cuenta de lo importante que era la democracia, y que cualquier política que pudiera socavarla era irresponsable, porque podía provocar asesinatos en masa. Mi perspectiva minimalista de la democracia viene realmente de esa experiencia. Nosotros los izquierdistas teníamos una actitud ambivalente sobre la democracia. La usábamos si contribuía a nuestros fines y la rechazábamos si no lo hacía. Pero, en 1973, me di cuenta de que la democracia es un valor a ser defendido por sobre cualquier otra cosa. Esa fue una gran transformación de mi pensamiento.

Actualmente, bajo el concepto general de la “calidad de la democracia” parece haberse producido un alejamiento de la concepción minimalista de la democracia. ¿Es esto productivo?

51. Adam Przeworski, “Minimalist Conception of Democracy: A Defense”, en Ian Shapiro y Casiano Hacker-Cordón (eds.), *Democracy’s Value*, Cambridge University Press, New York, 1999, pp. 23-55. Versión en castellano: Adam Przeworski, “Una Defensa De La Concepción Minimalista De La Democracia”, *Revista Mexicana De Sociología*, Vol. 59, N° 3, 1997.

52. Karl Popper, *The Open Society and its Enemies*, Routledge & Kegan Paul, London, 1945.

53. Norberto Bobbio, *The Future of Democracy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1984, pp. 156.

Es extremadamente productivo. La cuestión se relaciona con la controversia metodológica sobre mediciones dicótomas de la democracia versus mediciones continuas.⁵⁴ Me parece que la manera correcta de reflexionar sobre esto es la siguiente. Hay algunos países a los que no podemos catalogar como democráticos; y comparar si Pinochet era más democrático que Videla,⁵⁵ o si Stalin era más democrático que Hitler, no tiene sentido. Estos regímenes eran claramente dictatoriales y tienen un puntaje cero. Ahora, esto no significa que no podamos decir que un país es más democrático que otro. Acá es donde uso el embarazo como analogía. Una mujer puede estar embarazada de un mes, de dos meses, y así. Podemos hacer distinciones. Así que soy extremadamente receptivo a los intentos por evaluar la calidad de la democracia.

El problema de tales esfuerzos es que es muy difícil diseñar mediciones satisfactorias de la calidad de la democracia y uno tiene que ser muy cuidadoso al hacerlo. Uno tiene que ser muy cuidadoso porque esta frase, “la calidad de la democracia”, se está volviendo un instrumento geopolítico del gobierno de los Estados Unidos y de las instituciones financieras internacionales, que la usan para forzar una agenda política e institucional en varios países. En este sentido, hay una erupción de esfuerzos por intentar evaluar el nivel de “buenas prácticas de gobierno” (“*good governance*”). Pero, ¿qué quieren decir las buenas prácticas desde el punto de vista del gobierno de Kenia o Indonesia? Significan que el gobierno de los Estados Unidos dice: “Les daremos cientos de millones de dólares si hacen esto con su sistema político”. Y mucha de la gente que está abogando por tales agendas no tiene idea de lo que está haciendo.

Podría ser diferente si tales decisiones sobre políticas públicas estuvieran basadas en una investigación sólida, si realmente supiéramos qué funciona y qué no. En ese caso, seguiría teniendo cierta vacilación, pero sería receptivo. Pero no sabemos. Digamos que introducimos un poder judicial independiente. ¿Qué es lo que produce un poder judicial independiente en Ecuador? Leí un breve trabajo sobre este tema y la conclusión era que un poder judicial independiente hacía que los jueces fueran más baratos de sobornar. Cuando los jueces carecen de independencia respecto del poder político, tienes que sobornar a un político, y ese político tiene a su vez que compartir el soborno con otros políticos, así lo cubren. Pero las reformas que aumentan la independencia del poder judicial podrían simplemente lograr que sobornar jueces sea más barato, porque las firmas extranjeras pueden seleccionar a un juez tras otro, dejando así afuera a los políticos. No tenemos idea sobre qué es lo que funciona y qué no. El debate sobre la calidad de la democracia tiene que ser desarrollado a partir de una mejor comprensión de sus consecuencias políticas.

Lo que me molesta también es que muchas de estas iniciativas esconden una agenda ideológica. Toma, por ejemplo, el ranking de países que elabora *Freedom House*.⁵⁶

54. David Collier y Robert N. Adcock, “Democracy and Dichotomies: A Pragmatic Approach to Choices About Concepts,” *Annual Review of Political Science*, Vol. 2, Annual Reviews, Palo Alto, Cal 1999, pp. 537-65.

55. Jorge R. Videla fue presidente de Argentina entre 1976 y 1981 en el contexto de una dictadura militar.

56. Freedom House publica dos índices anuales de todos los países del mundo, uno sobre derechos políticos y otro sobre libertades civiles. Los datos se encuentran disponibles en <http://freedomhouse.org/index.htm>.

Clasifican a los países de acuerdo a si la gente es libre para hacer cosas. Así que los Estados Unidos ocupan una ubicación cercana a la punta. Los estadounidenses son libres para formar partidos políticos y para votar. Pero no forman partidos políticos y la mitad de su población no vota, siquiera en las elecciones presidenciales. Esta idea de la libertad como una potencialidad abstracta divorciada de la capacidad de ejercitarla me parece poco convincente y está sesgada ideológicamente. Rosa Luxemburgo una vez dijo: “El problema no es ser libre, sino actuar libremente”. En este espíritu, deberíamos estar preguntándonos sobre cuántos partidos hay, qué proponen, qué tan seguido la gente compete y es elegida, etc. Pero esto no es lo que *Freedom House* hace. Veo a *Freedom House* como un producto de la ideología estadounidense.

¿Cómo estudiaría usted la calidad de la democracia?

Lo primero que miraría es la cuestión del acceso del dinero en la política; esto es lo que verdaderamente diferencia a las democracias. Cuando Lenin dijo, en una carta a los trabajadores húngaros en 1919, que “la democracia burguesa es sólo una forma específica de dictadura burguesa”, tenía el siguiente mecanismo en mente. La democracia es un sistema universalista, una suerte de juego con reglas universales abstractas. Pero los recursos que los distintos grupos traen a este sistema son desiguales. Ahora, imagínese un partido de básquet jugado entre gente que mide dos metros y gente que es baja de estatura como yo. El resultado es claro. Estamos jugando este juego de la política democrática entre gente que puede gastar mucho dinero y gente que no puede hacerlo. Creo que había un grano de verdad en el trabajo de Miliband sobre la teoría marxista empírica del estado.⁵⁷ Es decir, cuando el dinero ingresa en la política, el poder económico se transforma en poder político, y el poder político a su vez se vuelve instrumental para el poder económico. Esto es lo que estamos viendo en muchos países. Si yo tuviera que medir la calidad de la democracia, allí es donde pegaría primero, en todas las reglas y prácticas que regulan el acceso del dinero en la política.

Investigación sobre metodología

Además de sus proyectos sustantivos, también ha escrito sobre métodos, especialmente en los primeros años de su carrera. ¿Por qué tenía este interés?

Probablemente haya dos razones. Primero, muchas veces comencé a analizar problemas sustantivos y me di cuenta de que los métodos disponibles no funcionaban, que no podían servir para responder la pregunta. Como resultado, comencé a involucrarme en cuestiones metodológicas. Nunca hice metodología por la metodología misma. Pero sí tengo que admitir que a veces terminé escribiendo artículos metodológicos sin volver al problema sustantivo. Esto se aplica al libro sobre análisis de sistemas que co-escribí en 1975,⁵⁸ que

57. Ralph Miliband, *The State in Capitalist Society*, Basic Books, New York, 1969.

58. Adam Przeworski y John Sprague, *Systems Analysis for Social Scientists*, Wiley, New York, 1975.

surgió a partir de un proyecto sobre la extensión del sufragio. En ese caso, nunca salí de las cuestiones metodológicas para volver al problema sustantivo.

La segunda razón es que, cuando dejé Polonia, no quería estudiar a Polonia, no sabía lo suficiente sobre los Estados Unidos como para estudiar a ese país, y no quería estudiar a América Latina porque no era latinoamericano. Por ello, tenía que pensar qué podía hacer y la metodología era una de esas cosas. Fue recién a principios de 1970 que me dije: “¿Por qué estás haciendo todas estas cosas metodológicas si lo que realmente te preocupan son las preguntas sustantivas?”. Ahí es cuando retomé el estudio de las cuestiones sustantivas. Pero he seguido coqueteando con cuestiones metodológicas. Recientemente escribí un artículo en coautoría con un ex estudiante, James Vreeland.⁵⁹ Queríamos saber qué impacto tenía el FMI (Fondo Monetario Internacional) sobre el crecimiento económico. Pero cuando empezamos a pensar en esto, concluimos que en verdad no había un modelo estadístico que hiciera lo que queríamos hacer. De modo que terminamos escribiendo un artículo metodológico como sub-producto del artículo sustantivo.⁶⁰ También tengo que admitir que encuentro intelectualmente placentero el trabajo metodológico. Me gusta escribir sobre métodos porque me gustan los problemas lógicos.

Su trabajo metodológico más conocido es su libro con Henry Teune, *The Logic of Comparative Social Inquiry*.⁶¹ ¿Cuáles cree que fueron sus principales contribuciones?

La contribución teórica principal del libro, que se origina en la sociología polaca, es que la política comparada no consiste en comparar, sino más bien en testear hipótesis de un país a otro. La “investigación comparada” consiste en testear hipótesis generales bajo condiciones históricas diferentes.

Otra contribución se refiere a la generación de datos que sean comparables de un país a otro. Nos concentramos en las encuestas; en ese momento, la gente creía que uno aseguraba la posibilidad de comparar traduciendo, tan precisamente como uno pudiera, los cuestionarios de una lengua a otra. Descubrimos que cuando le preguntabas a la gente en los Estados Unidos si había algún conflicto en su comunidad, respondían: “Sí, hay tres: el agua, las escuelas y las rutas”. Pero cuando hacías esta pregunta en la India y traducías la palabra “conflicto” a la palabra más cercana en hindi, la gente decía “No, no. En esta comunidad vivimos en paz, no nos matamos”. ¿Por qué esto? Porque en la interpretación india no había nada entre el extremo de paz y armonía y el extremo del asesinato mutuo. La noción de un conflicto limitado y regulado no estaba en su aparato conceptual. Llegué a la conclusión de que no servía traducir preguntas literalmente, que no había una equivalencia de un país a otro (*cross-national equivalence*), que es el término técnico que nos interesaba. Teune y yo desarrollamos lo que considerábamos una manera inteligente de controlar el significado de escalas diferentes de un país a otro.

59. Adam Przeworski y James Raymond Vreeland, “The Effect of IMF Programs on Economic Growth,” *The Journal of Development Economics*, Vol. 62, (2000), pp. 385-421.

60. Adam Przeworski y James Raymond Vreeland, “A Statistical Model of Bilateral Cooperation,” *Political Analysis*, Vol. 10, Nº 2 (2002), pp. 101-112.

61. Adam Przeworski y Henry Teune, *The Logic of Comparative Social Inquiry*, op. cit.

Este libro, publicado en 1970, todavía se usa en muchos cursos de posgrado. Dado que, supuestamente, el campo de la metodología cambia de manera permanente, esto causa cierta sorpresa. ¿Por qué piensa que ha sucedido esto?

Sí, ese libro todavía se publica; todavía está vivo. ¿Por qué es así? Creo que era un buen libro. Creo que verdaderamente pusimos las cosas en claro. Hay muchas cosas en ese libro en las que no creo ahora. Por ejemplo, el material sobre diseño de investigación, acerca de la selección de sistemas más similares y más diferentes entre sí, estaba equivocado. Cambié mi opinión sobre algunas de estas cosas. Pero todavía creo que la tesis central, es decir, que la investigación comparada se refiere fundamentalmente a testear hipótesis bajo condiciones históricas y geográficas diferentes, proporciona un vínculo a la empresa general de las ciencias sociales. También pienso que ofrecemos algún consejo útil sobre la búsqueda específica de información bajo condiciones históricas y geográficas diferentes.

Si tuviera que reescribir *The Logic of Comparative Social Inquiry*, ¿en qué otros sentidos sería diferente?

Eso es fácil de contestar. Creo ahora que los contrafácticos juegan un papel crucial en el pensamiento comparado. Lo que queremos saber en las ciencias sociales en general en materia de investigación comparada es qué habría ocurrido si una unidad específica, digamos un país, hubiese sido observado en un estado distinto de la variable causal, bajo un “tratamiento” diferente. La clave es encontrar maneras razonables de hacer informativos tales contrafácticos, usar lo que podemos observar para ilustrar acerca de (*inform*) los estados hipotéticos que no observamos. Toma por ejemplo el impacto del colonialismo, el tema de la tesis que actualmente estoy dirigiendo, de Sunny Kaniyathu. Es obvio que cuando Adam Smith pensaba que el colonialismo era ruinoso para los territorios colonizados, suponía que estos territorios habrían sido desarrollados si no hubieran sido colonizados. Posteriormente los marxistas pensarían lo mismo. En cambio, Marx y J.S. Mill pensaban que el colonialismo era instrumental al desarrollo económico porque suponían que, de otro modo, esos territorios quedarían sin trabajar. De allí que las consecuencias dependen del contrafáctico que uno presuponga. ¿Cuáles son entonces los contrafácticos correctos? ¿Cómo elegimos entre ellos? De manera que si tuviera que escribir hoy el libro sobre método comparado, estaría guiado por el tema del sesgo de selección (*selection bias*).⁶²

En términos de sesgos de selección, ¿encuentra útil el análisis de la cuestión de King, Keohane y Verba?⁶³

Creo que es un análisis excelente, aunque, para mi gusto, se ha restado importancia a la cuestión de los contrafácticos. King sabe lo que está haciendo y comprende la

62. El sesgo de selección es una forma sistemática de error que deriva del estudio de una muestra no aleatoria.

63. Gary King, Robert O. Keohane y Sidney Verba, *Designing Social Inquiry. Scientific Inference in Qualitative Research*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1994.

importancia del problema. Pero su formulación de las cuestiones pasa demasiado rápidamente a la estadística, sin analizar los problemas filosóficos que el pensamiento contrafáctico supone.

Ideas principales y su recepción

¿Cuáles considera sus mejores ideas o las que más le gustan?

¿Qué buenas ideas creo que tuve? Creo que mi idea del compromiso de clase fue una gran idea. Me gusta la manera en que, junto a Wallerstein, conceptualizamos la idea de la dependencia estructural que el estado tiene respecto del capital. Me gusta toda la idea de la disyuntiva electoral (*trade-off*) y la desintegración de las clases trabajadoras en la medida en que ingresan a la política electoral. Pero no estoy seguro de que funcione empíricamente. Esperábamos una decadencia mucho mayor de los partidos socialistas de lo que encontramos en *Paper Stones*.

Creo que mi interpretación de la democracia como sistema de reglas para procesar conflictos de modo pacífico, que conlleva un tipo particular de incertidumbre, y que permite a los grupos concertar compromisos (*trade-offs*) inter-temporales es buena. Estoy muy apegado a esta idea de la democracia como sistema que permite compromisos inter-temporales.

De mi trabajo metodológico, creo que la idea de que la política comparada consiste en testear hipótesis de un país al otro es buena.

¿Qué piensa sobre la recepción de su trabajo? ¿Hay alguna idea que considere que ha sido injustamente ignorada?

He tenido suerte en el sentido de que las veces en que pensé que tenía una buena idea, esa idea tuvo eco. Ciertas cosas que ni siquiera pensaba que fueran particularmente brillantes tuvieron repercusión. Estas ideas no eran originales, estrictamente hablando. Siempre puedes escharbar en algún lado y encontrar quién dijo algo similar a esto. Pero para mí eran originales; y fueron recibidas como tales.

Sin embargo, sí creo que dos de mis ideas metodológicas fueron ignoradas. La idea de que la investigación comparada consiste en testear hipótesis generales bajo condiciones históricas diferentes nunca despegó.⁶⁴ Creo que bastantes personas abordan la política comparada de esta manera. Pero abre cualquier libro de texto comparado y encontrarás que la primera o segunda oración dice que la política comparada consiste en comparar países. Asimismo, la sugerencia sobre cómo generar datos que sean comparables de un país a otro no fue tomada hasta el libro reciente de Gary King.

¿Hay muchas cosas que escribió que piensa que han sido fundamentalmente mal interpretadas?

64. Adam Przeworski y Henry Teune, *The Logic of Comparative Social Inquiry*, op. cit.

Por alguna razón, el análisis del proceso de reforma económica en el capítulo cuarto de *Democracy and the Market*⁶⁵ ha sido leído como un signo de mi apoyo a las reformas neoliberales radicales. No puedo entender por qué. Esto es obviamente una mala interpretación.

El proceso de investigación

Pasando al proceso de investigación en sí mismo, ¿cómo formula preguntas de investigación? ¿Cuáles son sus fuentes de inspiración?

Lo que típicamente sucede es que encuentro que hay algo que no conozco, que colectivamente no conocemos, o sobre lo cual colectivamente tenemos creencias que no son mutuamente consistentes. Si siento que las cuestiones involucradas son políticamente importantes, entonces es probable que empiece a pensar en ellas. Básicamente, me motivan los problemas políticamente importantes que son a la vez intelectualmente desafiantes. Para mí, la investigación es una actividad política y normativamente guiada.

¿Encuentra informativa para su investigación la lectura de los clásicos en teoría política?

Leer a los clásicos en teoría política es extremadamente importante para mí. Es una fuente de hipótesis, información histórica y grandes ideas. Creo que pocos de los problemas básicos son nuevos. Si lees a Aristóteles, encontrarás la agenda de la ciencia política en Estados Unidos bastante trazada. Obviamente, las condiciones históricas cambiaron y ahora puedes hacer todo tipo de preguntas detalladas que no fueron formuladas por los clásicos. Asimismo, los textos clásicos con frecuencia contienen intuiciones vagas en vez de formulaciones que puedan ser realmente investigadas. Aun así son una fuente inmensamente importante de conocimiento e intuición.

Tengo interacción cotidiana con un grupo de filósofos políticos. Hace años que dicto un curso con Bernard Manin, un historiador del pensamiento político y el autor de un gran libro sobre la teoría del gobierno representativo.⁶⁶ Damos este curso en conjunto; él enseña Rousseau y yo hago modelos, él habla de Condorcet y yo hago modelos. Estos autores son una fuente muy importante para mí.

Cuando vine a este país en los años 60, la gente que enseñaba filosofía política y política comparada era normalmente la misma. De hecho, la mayoría de los puestos de trabajo en política comparada eran promocionados como trabajos no solo vinculados con dicha materia sino también con la filosofía política. La misma persona enseñaba “*From Plato to NATO*” [“De Platón a la OTAN”], como se llamaba en ese entonces, e “Introducción al Gobierno Comparado”. Esa relación entre política comparada y teoría política se disolvió.

65. Adam Przeworski, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, op. cit.; versión en castellano: Adam Przeworski, *Democracia y mercado: reformas políticas y económicas en la Europa del Este y América Latina*, ob. cit.

66. Bernard Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, New York, 1997; versión en castellano: Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

Hoy creo que ignoramos la filosofía política. Los estudiantes de política comparada no se ven ya expuestos a las grandes preguntas, por más que las intuiciones detrás de ellas hayan sido vagas. Y creo que el costo es que los estudiantes tienen una perspectiva más y más estrecha.

Usted se ha etiquetado como “oportunistas metodológico”.⁶⁷ ¿Podría describir su aproximación general a la metodología?

Tengo aversión a las controversias metodológicas, las que distingo de las cuestiones técnicas. Todos quieren saber sobre la metodología de la política comparada y constantemente me invitan a involucrarme en controversias metodológicas. David Laitin organiza cosas así todo el tiempo; también Robert Bates. Pero yo evito esas controversias. Sí creo que las cosas tienen que ser técnicamente correctas. Si estás haciendo teoría, tienes que hacer teoría rigurosa. Si estás haciendo análisis estadístico, deberías hacer buen análisis estadístico. Para ambos necesitas destreza. Creo que la destreza es enormemente importante, pero no tengo una religión metodológica.

No creo que todo deba ser hecho con teoría de juegos, con estadística, con análisis estructural o contando historias. Los métodos son herramientas y algunos métodos son buenos para algunas preguntas y otros son buenos para otras. A mí me guían las preguntas sustantivas e intento responderlas tan bien como me sea posible. Esto me lleva a usar métodos diferentes.

Hay otra razón por la que no creo que sea productivo involucrarse en discusiones abstractas sobre cuál es un método bueno y cuál uno malo. Como sugirió Kuhn, la gente imita los buenos ejemplos en lugar de verse persuadida por la prédica metodológica.⁶⁸ Siempre he pensado que dar buenos ejemplos funciona mejor que persuadir por medio de ideas abstractas. Así que si quiero persuadir a la gente de que alguna cosa constituye un buen método, la uso en mi investigación.

Sin embargo, usted sí parece considerarse un científico

Sí, soy un científico. Creo que la coherencia lógica y la posibilidad de falsear empíricamente son criterios esenciales de la ciencia. Lo que dices tiene que ser lógicamente coherente y tiene que tener consecuencias observables que puedan ser mostradas como verdaderas o falsas.

Modelos y economía

Las herramientas de la teoría formal y la teoría de juegos figuran de manera prominente en su trabajo. ¿En qué momento de su proceso de investigación comienza a modelar? ¿Qué quiere lograr con sus modelos?

67. Adam Przeworski, “The Role of Theory in Comparative Politics: A Symposium,” *World Politics*, Vol. 48, Nº 1 (octubre de 1995), pp. 16-21.

68. Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1970; versión en castellano: Thomas Khun, *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 2008.

Lo que normalmente sucede es que comienzo a pensar sobre una cadena causal. Por ejemplo, tienes una sociedad con un nivel de ingreso, una distribución del ingreso y un nivel de desigualdad determinados. Esta sociedad también tiene instituciones políticas que determinan cómo se adoptan las decisiones. Una manera de comenzar a modelar la sociedad es enfocarse en el actor político decisivo y en dónde se sitúa el ingreso de este actor. Esto es un modelo clásico. Luego puedes preguntar: “¿Qué le pasará a esta sociedad a lo largo del tiempo si comienza pobre y desigual? De manera alternativa, ¿qué le pasará a la sociedad si comienza pobre e igual? ¿Cómo van a cambiar la desigualdad del ingreso y las instituciones políticas en estos escenarios diferentes?”. Inmediatamente descubro que no puedo analizar este tipo de problema sin escribir algunos símbolos. No soy lo suficientemente inteligente como para pensar sobre esta cadena causal sin formalizarla.

Muchos años atrás mi amigo Jon Elster me enseñó que los argumentos deductivos informales no funcionan. Algunas personas son genios; les das algunas presuposiciones y te pueden decir las conclusiones. Cuando haces el modelo matemático para chequear estas conclusiones ves que tenían razón. He conocido gente así, pero ese tipo de deducción informal está más allá de mi capacidad. La matemática, alguien escribió alguna vez, es una herramienta para la persona estúpida. La gente inteligente sabe que las consecuencias están implicadas por las presuposiciones. Pero encuentro esto demasiado confuso. Así que comienzo a escribir símbolos en una etapa bastante temprana en este proceso. Muy a menudo ocurre que estos símbolos nunca aparecen por escrito. Lo hago sólo para aclarar mi pensamiento. Mi hija, que sabe más matemática que yo, cree que comienzo a modelar demasiado temprano, que no pienso lo suficiente antes de sumergirme en la matemática. Probablemente tenga razón, porque cuando empiezas a formalizar hay un desajuste entre tu intuición y la formalización, y el modelo que surge como resultado a veces no contesta lo que pensabas que contestaría. Pero tengo que formalizar para aclarar mi pensamiento. No sé cómo pensar de otro modo.

La formalización teórica no ha sido parte del conjunto de herramientas de los comparativistas hasta tiempos recientes. ¿Cómo aprendió tan temprano esta manera de pensar?

Cuando era un estudiante de diecisiete años en Polonia, me vi expuesto a dos años de lógica matemática dura y rigurosa. Me enseñaron a pensar deductivamente. Eso me ayudó cuando me encontré con el libro de Luce y Raiffa sobre la teoría de juegos.⁶⁹ Casi no había instrucción en teoría formal cuando fui educado como científico político. Mi desafío más grande ha sido siempre mantenerme al nivel de mis estudiantes. Mi miedo constante es no ser capaz de aprender cosas nuevas. Pero mi exposición previa a la lógica matemática me sacó el miedo de cualquier cosa con símbolos. Al final, es sólo una cuestión de tiempo, de asignar el tiempo para seguir aprendiendo cosas nuevas.

69. R. Duncan Luce y Howard Raiffa, *Games and Decisions: Introduction and Critical Survey*, Wiley, New York, 1957.

En el proceso de formalización, de construcción de un modelo, ¿es capaz de lograr nuevas ideas y alcanzar conclusiones sorprendentes?

Seguro. He encontrado muchos resultados deductivos sorprendentes. Por ejemplo, cuando estaba trabajando en mi modelo de transiciones a la democracia, llegué a la conclusión de que no habrá transición si las personas de línea dura y los reformistas dentro de un régimen no democrático conocen todo, y si los opositores a dicho régimen también. No vi esto hasta que escribí el modelo correspondiente.

Cuando construyes un modelo, no vas a lograr necesariamente resultados que sean sorprendentes en términos de tu intuición principal. Más bien, la ganancia viene muy usualmente del lado de conclusiones laterales en las que no habías pensado. Por ejemplo, he estado trabajando en un modelo sobre supervivencia de la democracia como un conflicto repetido sobre la distribución de la riqueza.⁷⁰ Estaba intentando demostrar que la probabilidad de que una democracia sobreviva aumenta cuando los niveles de ingreso son elevados. En el proceso, descubrí que los países pobres no pueden redistribuir mucho ingreso bajo un régimen democrático. Eso fue completamente sorprendente; no había pensado en ello o no lo había anticipado.

Así que sí tienes sorpresas al modelar. Pero tal vez lo más frecuente es que simplemente te des cuenta de que tus ideas eran incoherentes. He estado trabajando con Jess Benhabib ya por más de un año en un modelo que relaciona la rendición de cuentas política (*accountability*) con el crecimiento económico, y simplemente no quiere cerrar en términos de coherencia. Resolvemos un argumento e inmediatamente descubrimos que es inconsistente con otro. Creo que justo ahora lo tenemos, pero en el proceso descubrimos que muchos modelos publicados sobre el “estado predatorio” son simplemente incoherentes.

Además de usar herramientas formales en su análisis teórico, frecuentemente recurre al trabajo de economistas. ¿Cuándo empezó a leer economía?

Más o menos en 1972. Estaba dictando un curso sobre teoría marxista del estado, un tema que había generado una gran explosión de interés en ese momento. En 1969/1970, hubo un intercambio entre Miliband y Poulantzas⁷¹ y la literatura evolucionaba cada año en la medida en que aparecían trabajos nuevos. Llegué a la conclusión de que la teoría marxista del estado no tenía sentido, porque la economía marxista no tenía sentido. Durante este tiempo hubo varias críticas de economistas marxistas y varios teoremas que mostraban que el argumento de Marx sobre el nivel descendente de las ganancias en el capitalismo era falso. Elster, John Roemer y yo llegamos a la conclusión de que el modelo económico que subyacía a las teorías marxistas del estado no tenía sentido.⁷²

Ahí es cuando decidí afrontar el trago amargo de aprender algo de economía neoclásica. En este proceso, me ayudó el hecho de que Michael Wallerstein, que había llegado

70. Adam Przeworski, “Democracy as an Equilibrium”, *op. cit.*

71. Ralph Miliband, *The State in Capitalist Society*, Basic Books, New York, 1969; Nicos Poulantzas, “The Problem of the Capitalist State”, *New Left Review*, Nº 58 (1969), pp. 67-78; Ralph Miliband, “The Capitalist State: Reply to Nicos Poulantzas”, *New Left Review*, Nº 59 (1970), 53-60.

72. Sobre la evaluación de Przeworski respecto de las teorías marxistas del estado, ver Adam Przeworski, *The State and the Economy Under Capitalism*, Harwood Academic Publishers, New York, 1990.

a la misma conclusión que yo, había sido un estudiante en mi clase. Él estuvo en el departamento de economía e hizo todo el programa de posgrado en economía. Básicamente me enseñó los rudimentos de la economía neoclásica. Desde entonces he estado leyendo más y más economía. Hoy leo más cosas de economistas que de científicos políticos, porque muchos economistas hacen hoy ciencia política. Recientemente publiqué un libro de texto sobre economía política cuya tesis principal es que no puedes hacer economía política a menos que sepas economía.⁷³

Estadística y datos

¿Qué rol juega la estadística en su investigación?

Las cosas terminan con estadística. No recorro a ella hasta después de que he aprendido suficiente historia y logrado un conjunto claro de hipótesis que *prima facie* son plausibles y que se siguen lógicamente de unas presuposiciones. Luego recorro a la estadística para ver si las hipótesis son verdaderas o falsas. Pero déjame enfatizar un punto importante: no considero mis observaciones estadísticas como “unidades de datos” (*data points*) anónimas. En *Democracy and Development*, estudiamos 130 países. Aun así, puedo hablarte al menos media hora de la historia de cien de ellos. Realmente pienso que tienes que conocer la historia de estos lugares antes de hacer estadística.

Una de las particularidades de su trabajo es que produce en gran medida sus propias bases de datos, mientras que los economistas y los politólogos tienden a descargar de internet bases de datos creadas por otros. ¿Cuáles son sus criterios sobre bases de datos?

Los economistas, en general, son descuidados respecto del tipo de datos que usan, especialmente los datos políticos. Yo soy un purista de los datos. En primer lugar, creo que los datos cargan un bagaje teórico y a veces ideológico. Respecto de los datos sobre regímenes políticos que usé en mi trabajo en colaboración sobre democracia y desarrollo, primero definimos muy explícitamente qué queríamos decir por democracia y qué no. Luego ahí comenzamos a recoger datos. Analizamos nuestra metodología con algún detalle.⁷⁴

En segundo lugar, creo fuertemente que los datos que generamos deben poder ser reproducidos por otra gente sobre la base de observaciones. Alguien que tenga la misma información que yo y que conozca las reglas que usé para producir mis datos debería poder llegar a las mismas conclusiones. Creo que los resultados tienen que ser reproducibles a partir de observaciones y reglas.

Estos son mis criterios principales sobre bases de datos. Encuentro que varias bases frecuentemente utilizadas no respetan estos criterios. Esta es mi pelea con *Freedom*

73. Adam Przeworski, *States and Markets: A Primer in Political Economy*, Cambridge University Press, New York, 2003.

74. Ver Michael Alvarez, José Antonio Cheibub, Fernando Limongi y Adam Przeworski, “Classifying Political Regimes”, *Studies in Comparative International Development*, Vol. 31, N° 2 (verano de 1996), pp. 1-36; Adam Przeworski, Michael E. Alvarez, José Antonio Cheibub y Fernando Limongi, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, op. cit., capítulo 1.

House, a la que también encuentro carga ideológica. Y esta es mi pelea con la base de datos de Polity.⁷⁵ Finalmente, la recopilación de datos es una operación extremadamente compleja, y por esta razón, tienes que efectuar todo tipo de chequeos de consistencia lógica. Muy frecuentemente las bases de datos están estructuradas de una manera tal que te permiten hacer esto. Por ejemplo, si tienes “votos por partido” y luego “número total de votos”, puedes hacer un pequeño chequeo para ver si todos los votos por partido suman lo mismo que el número total de votos. Te sorprenderías al ver que muchas veces esto no sucede.

En los años 60, hubo un aumento del interés de las ciencias sociales en generar bases de datos. Este interés luego decayó, pero ahora lo estamos viendo nuevamente. ¿Qué explica este ciclo?

Es una buena pregunta. Creo que la observación es correcta respecto a que existió una tendencia importante a favor de recopilar datos agregados a mediados de los años 60 y a comienzos de los años 70, que ahora existe una nueva tendencia en este sentido y que en el período intermedio no se prestó mucha atención al problema. Realmente no sé por qué esto es así. La época de mediados de los años 60 fue la del análisis factorial, y teníamos indicadores para todo. Eso se evaporó porque no fue muy informativo. Así que tal vez el interés en los datos se evaporó con el análisis factorial. No lo sé. Pero la aparición de las *Penn World Tables*, ampliamente utilizadas por los economistas del crecimiento desde mediados de los años 80 fueron un evento importante. Las *Penn Tables* finalmente nos dieron datos económicos. Eso es lo que me convenció de volver a meterme con la cuestión de la democracia y el desarrollo.

Narrativas y casos

Si uno compara su libro de 2000 sobre democracia y desarrollo con sus libros de 1985 y 1986 sobre socialdemocracia,⁷⁶ parece que se ha alejado del empleo de las narrativas históricas en su investigación.

No lo creo. Para mi investigación sobre socialdemocracia, leí muchos escritos y biografías sobre líderes socialistas. Intentaba entender cómo veía el mundo esta gente, qué elecciones enfrentaban, y cómo anticipaban las consecuencias de sus decisiones. Creía que si podía ponerme en sus zapatos, tal vez entonces pudiera entender las cosas. Así que leí mucha historia. Mi método, en la medida en que era consciente de lo que hacía,

75. El proyecto Polity ofrece datos anuales sobre todos los países del mundo, acerca de las características de sus regímenes y autoridades. Es posible acceder a estos datos en <http://www.cidcm.umd.edu/inscr/polity/>

76. Adam Przeworski, *Capitalism and Social Democracy*, *op. cit.*; versión en castellano: Adam Przeworski, *Capitalismo y socialdemocracia*, *op. cit.* Adam Przeworski y John Sprague, *Paper Stones*, *op. cit.*; Adam Przeworski, Michael E. Alvarez, José Antonio Cheibub y Fernando Limongi, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, *op. cit.*

era casi un método weberiano *verstehen*.⁷⁷ Intentaba ver la estructura de las elecciones desde el punto de vista de los protagonistas. Las cosas que escribí tenían un componente narrativo sustancial.

Luego, para la pregunta particular que intentaba responder en *Democracy and Development*, pensé que necesitaba estadística. Pero en el trabajo que estoy haciendo ahora sobre desarrollo, volví a leer biografías de dictadores y novelas sobre dictadores, y las encuentro muy informativas. Me gustaría ponerme en los zapatos de Park y en los de Mobutu para ver por qué uno de ellos fue un líder desarrollista y el otro un ladrón.⁷⁸ Mi intuición actual es que los dictadores desarrollistas son aquellos que amaban a sus madres: obviamente esto no es algo que puedas aprender o testear con estadística, pero cuando lees novelas y biografías, el patrón se vuelve sorprendente. Por otro lado, tienes que ver que si esto es verdad, los contrafácticos implican algo que no podemos observar, una selección de eventos no observables.

Usted no escribe estudios de caso de la manera en que esta metodología es entendida convencionalmente. Sin embargo, ha publicado varios artículos sobre Polonia. ¿Qué rol juega Polonia en su pensamiento?

Dado que Polonia es el país que conozco, es el caso que usaba para probar ideas abstractas nuevas. No es fácil para mí pensar de modo abstracto. Así que me gusta procesar las ideas abstractas a través de ejemplos. Polonia es el caso que frecuentemente usaba para este propósito. Asimismo, cuando en Polonia se produjeron los eventos históricos del surgimiento del movimiento Solidaridad y el golpe de estado subsecuente, me involucré en el estudio del país y escribí algunos artículos a manera de intervenciones políticas. Pero, fuera de esto, no juega un rol particular. He ido recientemente más a América Latina que a Polonia.

¿Cómo aprende sobre los países que le interesan?

Típicamente voy a reuniones fuera del país, donde tengo amigos que me recogen en el aeropuerto y me dicen entusiastamente: “¿Sabes lo que está pasando?”; y me cuentan todo lo que está sucediendo. Luego voy y me siento por tres días en lugares en los que la gente presenta artículos sobre Argentina, Kenia, Polonia o China, y me actualizo. Las conferencias son una gran forma de hacerlo. Te alimentan de información a la fuerza durante tres días y aprendes mucho. Aprendo yendo a lugares y hablando con la gente.

¿Hay países que sigue de cerca regularmente?

Para hacer política comparada del modo en que lo hago, sin un área específica de enfoque, tengo que entender las realidades complejas y mantenerme al tanto de al menos

77. *Verstehen*, término en idioma alemán traducido usualmente como “comprensión interpretativa.”. Ver Max Weber, *The methodology of the Social Sciences*, traducida y editada por Edward Schils y Henry Finch, Free Press, New York, 1949, pp. 160.

78. El General Park Chung Hee fue el presidente autocrático de Corea del Sur desde 1961 hasta 1979. Mobutu Sese Seko fue dictador de Zaire desde 1965 hasta 1997.

unos cuantos países. Por varias razones que tienen que ver con mi historia personal, me mantengo actualizado sobre Argentina, Brasil, Méjico, España, Francia, Polonia, Corea del Sur y Kenia. Visito estos países tal vez una vez cada dos años; y algunos con más frecuencia. También leo sobre ellos sistemáticamente. Tengo alumnos allí, quienes me mandan cosas que ellos y otra gente escriben. Cuando viajo fuera del país, nunca entrevisto formalmente a la gente. Pero sí hablo con la gente, incluyendo funcionarios del gobierno. Muchos ex colegas de las ciencias sociales que participaron en el proyecto del *Wilson Center* sobre transiciones a la democracia y algunos de mis ex alumnos están hoy en el gobierno, y ciertamente hablo con ellos. Nos reunimos a cenar. Así es como me mantengo actualizado. Pero es solo mantenerme actualizado, no es lo mismo que hacer investigación sistemática.

Debe tener una buena habilidad con los idiomas

El polaco es mi lengua nativa. Puedo leer y hablar francés y español en forma bastante fluida, y puedo hacerme entender en otras lenguas romance y eslavas. Leo novelas en diferentes idiomas. Por ejemplo, acabo de terminar una novela en portugués.

Escritos no académicos

Parte de su trabajo ha sido dirigido a una audiencia más amplia no académica. ¿Hace un esfuerzo consciente por producir versiones más accesibles de su trabajo cuando intenta llegar a una audiencia más amplia?

Casi siempre lo hago. Muy frecuentemente escribo algo técnico para una audiencia más pequeña, y luego, cuando estoy realmente seguro de algo, escribo algo menos técnico para una audiencia más amplia. Sí intento escribir, cada tanto, con el fin de hacer una intervención política. Escribí un artículo en *The Journal of Democracy* que tuvo mucho eco, sobre las falacias neoliberales.⁷⁹ Escribí algo para la *Boston Review* sobre democracia y economía.⁸⁰ Luego, otro artículo para *The Journal of Democracy*, sobre por qué sobreviven las democracias, así como un volumen en colaboración, *Sustainable Democracy*⁸¹ [*Democracia Sustentable*], que fueron ideados en parte como intervenciones políticas. Antes había escrito cosas sobre Polonia que estaban orientadas políticamente de manera deliberada. Me veo como participante en la vida pública, incluso cuando mi participación sea marginal e ineficiente.

79. Adam Przeworski, "The Neoliberal Fallacy", *The Journal of Democracy*, Vol. 3, Nº 3 (julio de 1992), pp. 45-5.

80. Adam Przeworski, "A Better Democracy, A Better Economy", *Boston Review*, Vol. 21, Nº 2 (abril/mayo de 1996).

81. Adam Przeworski, Michael Alvarez, José Antonio Cheibub, y Fernando Limongi, "What Makes Democracies Endure?", *The Journal of Democracy*, Vol. 7, Nº 1 (enero de 1996), pp. 39-55; Adam Przeworski et al., *Sustainable Democracy*, Cambridge University Press, New York, 1995.

Colegas, colaboradores y estudiantes

Al comienzo de su carrera, usted trabajó durante un corto período en la Universidad de Pennsylvania y en la Universidad de Washington. Luego estuvo en la Universidad de Chicago de 1973 a 1995 y ahora enseña en la Universidad de New York (NYU). ¿Quiénes fueron los colegas con los que más interactuó en estos lugares?

En la Universidad de Washington, aprendí una cantidad de cosas impresionantes de John Sprague. Aprendí modelos dinámicos y muchas otras cosas de él. En Chicago, era muy cercano a Philippe Schmitter. Solíamos estar en desacuerdo sobre cuestiones básicas, y cuando estábamos juntos en el jurado de tesis de un alumno, éste siempre sufría considerablemente. Pero Philippe y yo verdaderamente hablábamos mucho y éramos amigos. Dejé Chicago en 1982.

Luego ocurrió algo muy raro en Chicago: se cristalizó un grupo de personas que éramos tanto amigos personales como interlocutores intelectuales. Este grupo tenía incluso una institución, el Centro para la ética, la racionalidad y la sociedad [*Center for Ethics, Rationality and Society*], en el que “ética” era Russel Hardin, “racionalidad” era Jon Elster, y yo era “sociedad”. También incluía a Stephen Holmes, Bernard Manin, Pasquale Pasquino, entre otros. Casi todos los que formábamos parte de este grupo de Chicago estamos ahora en New York. Todavía nos reunimos cada lunes durante el segundo semestre de cada año, y John Ferejohn es el anfitrión. Hablamos durante dos horas y luego cenamos. Este es realmente el centro de mi vida intelectual. Probablemente ya estemos hartos el uno del otro, porque pasó ya un tiempo largo. Pero es todavía excitante y estimulante. Resulta que interactué más con filósofos que con otra gente. Pero también tengo amigos economistas en NYU de los cuales aprendo mucho, en particular Jess Benhabib. Y en el departamento hablo con Neal Beck, quien siempre encuentra algo incorrecto en mi presentación de resultados estadísticos.

Este momento inusual en la Universidad de Chicago llegó a su final cuando la mayor parte del grupo en el que usted estaba se mudó a New York. ¿Cuál fue la razón de este éxodo de Chicago?

No nos forzaron. No fue por algo particular que sucediera en Chicago. Todos nos fuimos principalmente por razones puramente personales. Russel Hardin se fue primero. Luego Jon Elster y yo. Jon quería mudarse a New York por razones personales. Yo también. Mi esposa trabajaba en la OCDE en París, y durante 14 años viajé entre París y Chicago. Pero luego ella consiguió un trabajo en las Naciones Unidas en New York, y esta fue nuestra oportunidad de vivir en la misma ciudad. Una vez que Jon y yo estábamos aquí, eso trajo a Holmes, Manin y Pasquino. Ellos se mudaron en parte para estar con nosotros y en parte porque les atraía New York. Pero no fue algo vinculado con Chicago lo que provocó nuestra partida.

Creo que todos lamentamos dejar Chicago, porque todos apreciábamos esa institución. Fueron grandes días. Realmente era un lugar comprometido con la búsqueda de ideas. Podías entrar a la oficina del decano y decir: “Mira, he estado trabajando en este proyecto durante cinco años. Estoy ya harto de él, y lo estoy por terminar, pero necesito un tiempo libre”. A lo que el decano contestaba: “Escribe tres páginas diciéndome por qué necesitas

ese tiempo libre”; y salías con tu tiempo libre. La administración estaba dispuesta a poner dinero en pos de fines intelectuales. Chicago era una institución extraordinaria. Cualquiera que haya pasado por Chicago ha sido cautivado por esta institución y guarda sentimientos románticos hacia ella.

Otro grupo con el que ha estado fuertemente involucrado es el del marxismo analítico. ¿Cuál era la agenda básica de este grupo?

El grupo estaba dedicado a la tarea de someter al marxismo al escrutinio de los métodos de la ciencia social contemporánea. La idea era tomar al marxismo para ver cuánto y qué parte quedaba cuando le aplicabas los mismos estándares de inferencia y evidencia aplicados a cualquier otra teoría. El marxismo althusseriano tenía este lindo truco de contar con su propia metodología, su propia manera interna de evaluar la validez de su teoría.⁸² Rompimos con este enfoque diciendo: “No, tienes que evaluar al marxismo de la misma manera que cualquier otra teoría. Es coherente o incoherente, verdadero o falso”. Me sumé al grupo del marxismo analítico en 1979 o 1980 –creo que era su segundo año– y permanecí allí hasta mediados de los años 90, cuando Jon Elster y yo nos fuimos. Lo disfruté muchísimo y aprendí tremendamente de él. Pero finalmente lo dejé porque pensaba que habíamos logrado nuestro programa intelectual. Produjimos varios trabajos importantes que han durado, incluyendo una recopilación de John Roemer, *Analytical Marxism* [*Marxismo analítico*], el libro de Elster *Making Sense of Marx* [*Dar sentido a Marx*], el mío *Capitalism and Social Democracy*, el de Gerry Cohen *Karl Marx's Theory of History: A Defense* [*La teoría de la historia de Karl Marx: una defensa*], y el de Roemer *A General Theory of the Exploitation and Class* [*Una teoría general de la explotación y la clase*].⁸³ Finalmente encontramos que no queda mucho en pie del marxismo, y que realmente no había mucho más que aprender. Así que dejé el grupo de Marxismo Analítico principalmente por razones intelectuales.

Durante todos los años en los que trabajó en universidades estadounidenses, ¿ha estado en contacto con emigrados polacos?

Sólo con amigos de mi niñez, la mayoría de los cuales viven hoy fuera Polonia. Nunca me sentí cómodo dentro de la cultura polaca, intensamente nacionalista, profundamente católica y altamente intolerante. Yo fui criado como católico, pero a una edad muy temprana me rebelé tanto contra el catolicismo como contra el nacionalismo polaco.

82. El marxismo althusseriano es una variante estructuralista del marxismo, surgido a partir de la obra del teórico francés Louis Althusser. Los dos textos clásicos son Louis Althusser, *For Marx*, Verso/NLB, Londres, 1968; y Louis Althusser y Etienne Balibar, *Reading Capital*, Verso, Londres, 1969. Para obtener un resumen, ver Ted Benton, *The Rise and Fall of Structural Marxism: Althusser and His Influence*, Palgrave Macmillan, Londres, 1984.

83. John Roemer (ed.), *Analytical Marxism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986; Jon Elster, *Making Sense of Marx*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985; Adam Przeworski, *Capitalism and Social Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985; G.A. Cohen, *Karl Marx's Theory of History: A Defense*, Princeton University Press, Princeton, 1978; John Roemer, *A General Theory of Exploitation and Class*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1982.

A algunas personas les resulta extraño que usted no haya seguido la trayectoria usual de los académicos provenientes de Polonia: abandonar el marxismo y volverse incluso virulentamente anti-marxista. En vez de esto, usted se volvió algo así como un marxista occidental. ¿Por qué, a diferencia de muchos otros emigrados polacos, usted no rechazó el marxismo?

Tengo que pensar sobre esto. Déjame empezar diciendo algo sobre los marxistas occidentales. En 1978, en el Congreso Mundial de la Asociación Sociológica Internacional (ISA, por su sigla en inglés) en Uppsala, Suecia, había una gran mesa redonda sobre desarrollo, y presenté un artículo cuyo título era “*Capitalism: The Last Stage of Imperialism*” [“*Capitalismo: la última etapa del imperialismo*”], que básicamente daba vuelta el argumento famoso de Lenin de que el imperialismo era la última etapa del capitalismo.⁸⁴ Allí sostenía, de manera coincidente con Karl Kautsky, que el imperialismo era simplemente una vía para que el capitalismo penetrara en otros países. Una vez que esta penetración se logra, el capitalismo se reproduce a sí mismo, de manera que no necesitas ya el imperialismo. Un ruso en el panel se volvió completamente loco, y dijo: “Vladimir Illich Lenin dijo que ‘el imperialismo es la última etapa del capitalismo’. Este tipo dice que ‘el capitalismo es la última etapa del imperialismo’. “*Ne vozmozhno*”, lo que en ruso significa, “no puedes hacer eso”. Había una consternación general en la sala. Un amigo marxista polaco se llevó a este tipo y le explicó qué era lo que yo había dicho. Finalmente, el ruso concluyó que yo era un “*Isntij Markist*”, o “el marxista *de ellos*”, queriendo decir un marxista occidental.

No era infrecuente que me viera en este tipo de situaciones. Nunca pensé en el comunismo como una implementación del marxismo. Veía al comunismo como un régimen burocrático que había traicionado a la clase trabajadora. Nunca tuve simpatías pro-comunistas; era un oponente marxista del comunismo. Como mencioné antes, esto me metió en problemas en Polonia a mediados de los años 60, cuando participé de un grupo de estudio que criticó al partido comunista por oprimir a los trabajadores. Me vi en la cara opuesta de esta moneda, por decirlo de algún modo, cuando a comienzos de los años 90 consideré que las políticas económicas neoliberales no eran de hecho una aplicación de la teoría económica neoclásica. No hay apoyo al neoliberalismo en la economía neoclásica. Como puedes ver de estos ejemplos, fui a las fuentes e intenté distinguir la teoría de la ideología. Así que era un anti-comunista y también un marxista.

Usted ha sido coautor de muchas publicaciones. ¿Podría hacer un análisis de la gente con la que ha colaborado y de por qué ha buscado colaboradores?

Soy colaborador por naturaleza, así que hay varios. Cuando estaba en Penn colaboré con mi colega Henry Teune.⁸⁵ He colaborado con John Sprague en la Universidad de Washington. Escribimos un libro, junto con un viejo amigo chileno, Fernando Cortés.⁸⁶

84. V. I. Lenin, *Imperialism: The Highest Stage of Capitalism*, International Publishers, New York, 1939.

85. Adam Przeworski y Henry Teune, *The Logic of Comparative Social Inquiry*, op. cit.

86. Fernando A. Cortés Cáceres, Adam Przeworski, y John Sprague, *System Analysis for Social Scientists*, John Wiley, 1974.

John me volvía loco. Es la persona menos disciplinada que conozco, y yo soy una de las más disciplinadas. Pero, aun así, aprendí mucho de John, así que escribimos un segundo libro.⁸⁷ Colaboré en un libro con Luiz Carlos Bresser Pereira y José María Maravall,⁸⁸ quienes tenían la experiencia de haber sido ministros en sus respectivos países, y aprendí de ellos cómo pensar en términos de políticas públicas. Estoy ahora escribiendo algunos artículos con un economista de NYU, Jess Benhabib, de quien aprendí cómo pensar sobre crecimiento económico.⁸⁹ Sin embargo, la mayoría de mis colaboradores han sido mis alumnos de posgrado. Creo que mi fuente principal de aprendizaje es la enseñanza. Y mis principales interlocutores a lo largo de mi vida han sido mis estudiantes de posgrado. Siempre he tenido una suerte de laboratorio de ciencias naturales con los estudiantes de los cursos que yo dictaba a quienes les interesaban cosas similares a las que me interesaban a mí o algunos aspectos relacionados con los proyectos en los que yo trabajaba. Así es que terminamos trabajando en colaboración. He seguido colaborando con algunos de ellos luego de graduados. Trabajar en el libro *Democracy and Development* con mis ex alumnos Mike Alvarez, Ze Cheibub y Fernando Limongi fue puro placer, tanto a nivel personal como intelectual.

Los colaboradores te mejoran. Es más de una mente al mismo tiempo. Por ejemplo, cuando trabajaba con Michel Wallerstein, frecuentemente yo decía algo y él me miraba con su sonrisa característicamente dulce y me decía: “¿Estás seguro de que eso es verdad?”. Inmediatamente me daba cuenta de que estaba diciendo tonterías. Así que los colaboradores son una buena forma de moderar tu entusiasmo. Son particularmente importantes cuando haces trabajo formal. Todo el mundo comete errores algebraicos, y necesitas contar con gente para que uno pueda poner las cosas en el pizarrón y otros chequeen si son verdaderas. De otra manera terminas cometiendo errores. Esta es la razón por la cual el trabajo formal es tan frecuentemente realizado en coautoría. Simplemente es demasiado difícil hacerlo solo. Finalmente, los colaboradores son útiles porque la cantidad de trabajo es usualmente demasiado grande como para que una sola persona la maneje. Si estás recogiendo datos, es casi imposible hacerlo todo por ti mismo. Insume demasiado tiempo. Estoy involucrado ahora en otra recolección masiva de datos, también con un grupo de cuatro estudiantes de posgrado. En términos generales, me encanta realmente trabajar en colaboración.

¿Cómo comienzan los proyectos en colaboración?

Típicamente lo que sucede es que empiezo a hablar con alguien y encuentro que tiene ideas sobre el mismo tema o algo original que decirme. Y uno de los dos, generalmente yo, dice: “¿Por qué no lo hacemos juntos?”. Con el proyecto que resultó en el libro *Democracy and Development*,⁹⁰ básicamente entré al aula y dije: “Esto es lo que estoy por hacer. Si

87. Adam Przeworski y John Sprague, *Paper Stones*, op. cit.

88. Luiz Carlos Bresser Pereira, José María Maravall y Adam Przeworski, *Economic Reforms in New Democracies: A Social-Democratic Approach*, Cambridge University Press, 1993.

89. Jess Benhabib y Adam Przeworski, “The political economy of redistribution under democracy”, *Economic Theory* 29: 271-290, 2006.

90. Adam Przeworski, Michael E. Alvarez, José Antonio Cheibub and Fernando Limongi, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, op. cit.

alguien quiere unirse a mí, adelante”. Esencialmente, buscas a alguien con quien te lleves bien personalmente y que te parezca inteligente, trabajador y disciplinado. Si la gente no tiene disciplina y no hace su parte, te vuelves loco. En general, sencillamente me encanta trabajar en colaboración.

¿Cómo comienza el proceso real de escritura cuando trabaja en colaboración?

En cada trabajo en colaboración, alguien escribe un primer borrador y luego lo discutimos. Otro lo re-escribe, y luego va y vuelve, va y vuelve. A veces alguien escribe una sección, otro otra sección, luego las combinamos, y alguien las re-escribe. Un borrador típicamente atraviesa varias re-escrituras. Con *Democracy and Development*, escribí yo mismo el primer y último borrador. Pero eso fue principalmente porque era un libro, y teníamos miedo de que si gente diferente escribía los capítulos el estilo pudiera ser desaparejo.

Ha entrenado a muchos estudiantes de posgrado. ¿Cuál es su método de enseñanza?

En primer lugar, sí los he “entrenado”. Someto a los estudiantes de posgrado a un programa sistemático. Lo que típicamente sucede es que un estudiante me dice que quiere estudiar conmigo. Le pregunto qué quiere hacer. Luego le pregunto qué sabe, y le digo: “Esto es lo que necesitas saber para hacer lo que quieres hacer”. En estos días, lo que necesitan aprender generalmente consiste en algo de filosofía, algo de economía, y mucha estadística. Así que mis estudiantes obtienen un entrenamiento sistemático por parte de otros profesores.

Además, siempre he enseñado alguna introducción a algo. Durante muchos, muchos años enseñé un curso llamado “Teorías Marxistas del Estado”, que evolucionó hacia “Teorías del Estado”, y luego hacia “Economía Política”. Puede ser que no enseñe más este curso en el futuro, dado que ya publiqué un libro de texto sobre el tema.⁹¹ No creo que pueda enseñar sobre lo que ya he escrito. En cualquier caso, los estudiantes generalmente toman este curso introductorio. También enseñé cursos avanzados, usualmente sobre el tema en el que esté trabajando, o sobre algunos aspectos metodológicos sobre los que los estudiantes deberían aprender y que no pueden obtener de otra gente. Por ejemplo, recientemente dicté un curso llamado “Métodos estadísticos para la investigación comparada”, que se centró en el sesgo de selección.

No enseñé sobre hechos. Mi perspectiva es que los estudiantes deberían aprender los hechos por sí mismos, leyendo historia. Pero sí obligo a todos mis estudiantes de posgrado extranjeros a tomar un curso sobre gobierno estadounidense. A menos que sean especialmente obstinados y comprometidos, no les permito que escriban sobre su propio país durante mucho tiempo.

Los estudiantes adquieren todas estas capacidades y luego desarrollan un proyecto de investigación. Los superviso muy de cerca. Generalmente dirijo un seminario de doctorado. Una de las cosas que descubrí mucho tiempo atrás es que a los estudiantes

91. Adam Przeworski, *States and Markets: A Primer in Political Economy*, op. cit.

de posgrado en los Estados Unidos se los deja solos precisamente en el momento en que necesitan más interacción con sus supervisores y otros estudiantes. En los Estados Unidos, los estudiantes de posgrado terminan sus cursos, defienden sus propuestas, su financiamiento generalmente se agota, y después se quedan solos. Ahí es cuando más necesitas hablar con otros, escucharlos, y aprender nuevas técnicas que puedas necesitar para tu tesis. Así que siempre he mantenido algún tipo de esquema de interacción con alumnos avanzados. Siempre los incentivo para que participen en seminarios, hablen con otra gente y presenten su trabajo.

Ese es básicamente mi modelo para entrenar a mis estudiantes de posgrado. Lo he hecho durante mucho tiempo, y creo que sé cómo se hace. Puede ser que haya dirigido más tesis que cualquier otra persona en esta disciplina; el número se acerca a cincuenta. No me gusta enseñar a los estudiantes de grado, principalmente porque uno los tiene que motivar (es que tienen otras preocupaciones en sus vidas además de aprender) y hay poco que uno pueda aprender de ellos. Pero me encanta entrenar estudiantes de posgrado.

¿Cuál es su perspectiva sobre el nivel de interés por la política entre los estudiantes de posgrado de hoy?

La gente que entró a hacer estudios de posgrado durante la era de Vietnam, la generación de la revolución cultural estadounidense, había experimentado mucho en sus vidas. Tenían sentimientos intensos sobre política, cultura y sociedad. Lo que sucedía con frecuencia es que habían hecho algo más, usualmente militancia política, y volvían a la universidad a reflexionar sobre sus experiencias, generalmente vistas como fracasos. Muy frecuentemente era difícil enseñarles, dado que desconfiaban del “positivismo” y eran hostiles a la metodología rigurosa. Esta era una característica muy particular de los estudiantes de América Latina, que simplemente sabían que los Estados Unidos eran imperialistas y pensaban que acá no había otra cosa que aprender. Pero les importaba profundamente la política; la estudiaban porque querían cambiar el mundo.

Hoy la situación es diferente. Estos chicos, porque son chicos, que hacen hoy estudios de posgrado, en general han crecido en tiempos excepcionalmente pacíficos, prósperos y no conflictivos. Estos estudiantes son inteligentes, están bien educados y ansiosos por aprender, pero no tienen pasiones o intereses. No me refiero sólo a los estadounidenses. Recibo estudiantes de Bogazici o Bilkent, las universidades privadas de elite de Turquía, o de Di Tella y San Andrés, las universidades privadas de elite de la Argentina, y no se diferencian de las hijas de los doctores de Iowa. Estos chicos absorben la educación y las herramientas muy fácilmente, pero cuando llega el momento en que tienen que empezar a formular preguntas, no tienen nada que preguntar. Quieren ser profesionales, y consideran que su trabajo es escribir artículos y libros, más que decir algo sobre el mundo, ni qué decir de hablar de cambiarlo.

¿Qué se puede hacer para generar más pasión hoy en los estudiantes de posgrado?

No sé si existe algún tipo de experiencia reveladora. Ciertamente, creo que los estadounidenses que estudian política comparada en cualquier modo o forma, incluso cuando consista en hacer modelos y estadísticas, deberían viajar a algún lado fuera del país y experimentar la vida cotidiana para ver cómo se siente. Pero no sé si eso sea suficiente.

Logros y futuro de la política comparada

Hallazgos y acumulación de conocimiento

Si usted mira dónde estaba el campo de la política comparada hace treinta años y dónde está hoy, ¿cuáles son las cosas principales que hemos aprendido?

Déjame hacer un prefacio a mi respuesta con una aclaración. Creo que parte de la mejor investigación en política comparada la hacen hoy los economistas, así que los voy a incluir en mi respuesta. Daron Acemoglu y James Robinson, Alberto Alesina, Roland Benabou, Jess Benhabib, Torsten Persson, Guido Tabellini y muchos otros hacen un excelente trabajo en política comparada. Generalmente no saben lo suficiente sobre política, pero formulan preguntas clave y obtienen respuestas. Con esa inclusión, sí, creo que ha habido una acumulación tremenda de conocimiento.

¿Qué hemos aprendido? Desde los libros originales de Duverger y Rae,⁹² hemos aprendido mucho sobre las consecuencias de los sistemas electorales. El libro de Cox, *Making Votes Count* [*Hacer que los votos cuenten*], es el último ejemplo de esto.⁹³ Sabemos que los sistemas electorales interactúan con los clivajes sociales para producir partidos, cómo afectan las distribuciones de los votos, etcétera. Hemos aprendido mucho sobre la formación de coaliciones y de gabinetes; hay una literatura formal y empírica sobre estos temas. Entendemos mucho mejor el proceso legislativo. En los últimos años, hemos aprendido mucho y muy rápidamente sobre conflicto étnico y paz étnica. Hemos aprendido que la mayor parte del tiempo los grupos étnicos viven juntos en paz, y tal vez estemos empezando a entender algunos de los mecanismos que explican este hallazgo. Finalmente, creo que entendemos mucho más sobre los procesos de transición entre regímenes políticos. Podría continuar.

En términos más generales, una medida de los avances que hemos logrado es que, cuando un estudiante me menciona un tema, la mayor parte del tiempo puedo decirle: “Lea esto, lea aquello, estos son los autores que dicen esto o aquello”. Sobre varios temas, las conclusiones no son convergentes. Pero hay cuerpos de literatura sobre una variedad de temas.

¿Hay temas sobre los que no hayamos hecho avances significativos?

Todavía no sabemos por qué y cuándo la gente que tiene armas obedece a la gente que no las tiene: los determinantes del control civil de los militares. Todavía no entendemos bien a los partidos políticos. Esto es un tema verdaderamente importante que hemos descuidado. No entendemos por qué surgen los partidos, qué mecanismos los mantienen unidos, y en qué consiste el pegamento de la disciplina partidaria. Aunque hemos aprendido mucho en general sobre autoritarismo, creo también que sabemos desastrosamente poco

92. Maurice Duverger, *Political Parties*, Methuen & Co., Londres, 1964); versión en castellano: Maurice Duverger, *Partidos Políticos*, México: FCE, 2009; Douglas W. Rae, *The Political Consequences of Electoral Laws*, Yale University Press, New Haven, 1969.

93. Gary Cox, *Making Votes Count: Strategic Coordination in the World's Electoral Systems*, Cambridge University Press, New York, 1997.

sobre la estructura de las dictaduras. Tal vez lo más importante sea que, a pesar de la inundación de escritos en el tema, todavía no entendemos por qué la democracia puede ser compatible con la pobreza y la desigualdad.

También pienso que no estamos bien en el tema de la globalización. He escrito algo sobre el tema recientemente,⁹⁴ así que me vi obligado a leer la doctrina en la materia. La encontré profundamente insatisfactoria. En particular, las consecuencias políticas de la globalización están pobremente interpretadas. Creo que el problema, en parte, es que necesitamos algún tipo de innovación metodológica en esta área de investigación. Los métodos que se están usando actualmente no son lo suficientemente buenos. Los hallazgos son divergentes, y la mayor parte de ellos está basada en métodos estadísticos que presuponen que las observaciones de países particulares son independientes. Así que es difícil creer en los hallazgos estadísticos. Este es un tema grande e importante. De alguna manera tendremos que comenzar a pensar de modo diferente y prestar mayor atención al tipo de método que sería apropiado para estudiar esta cuestión.

A nivel general, debido en gran medida a la disponibilidad de datos, sabemos más sobre países miembros de la OCDE que sobre los países menos desarrollados. Pero esta brecha se está cerrando rápidamente.

¿Hay algún otro problema metodológico que esté obstaculizando la investigación en política comparada?

A modo de ampliación de mi respuesta anterior, puedo decir que estudiar cosas en un mundo interdependiente es un problema metodológico abierto. Ahí, creo, no tenemos todavía respuestas. Tenemos esta noción sobre juegos de dos niveles, por ejemplo.⁹⁵ Pero, ¿cómo estimamos estos modelos? ¿Cómo testeamos lo que las hipótesis sostienen sobre el conflicto dentro de los países cuando los países son interdependientes? Es muy difícil. Creo que la globalización es en general una cuestión metodológica grande y abierta.

Otra cuestión metodológica central es cómo estudiar cosas históricamente, cómo estudiar la historia. El nuevo institucionalismo contiene contradicciones potenciales cuando afirma simultáneamente que las instituciones importan y que ellas son endógenas. Si son endógenas, entonces tenemos que distinguir los efectos de las instituciones de los efectos de las condiciones bajo las cuales funcionan. El problema metodológico central en política comparada es el sesgo de selección, y a pesar de que tenemos métodos para manejar este problema, existen métodos distintos basados en presuposiciones diferentes que con frecuencia generan conclusiones divergentes. Esto es cierto respecto de los

94. Adam Przeworski y Covadonga Meseguer. "Globalization and Democracy," trabajo presentado en el "Seminar on Globalization and Inequality", Santa Fe Institute, 2002.

95. Robert D. Putnam, "Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-level Games," *International Organization*, Vol. 42, N° 3 (1988), pp. 427-460; Peter Evans, Harold Jacobson y Robert Putnam (eds.), *Double Edged Diplomacy: An Interactive Approach to International Politics*, University of California Press, Berkeley, CA, 1993.

estudios estadísticos acerca del impacto de las instituciones en general, pero se vuelve particularmente prominente cuando estudiamos historia. Si todo depende de la trayectoria histórica (*path-dependent*), no tiene sentido hablar del impacto de las instituciones. Para identificar este impacto, necesitamos pensar más sistemáticamente en historias contrafácticas en las que instituciones diferentes hubieran existido bajo las mismas condiciones históricas.

Usted ha enfatizado las dificultades metodológicas de formular preguntas complejas de una manera rigurosa. Otra razón que explica por qué no se progresa en estas cuestiones puede ser que los comparativistas simplemente no formulan, en primer término, preguntas grandes e interesantes sobre la política.

¿Qué es lo que no estamos preguntando? Ciertamente, no estamos preguntando: “¿Cómo es que se combina todo lo que sabemos?”. Pero tampoco estamos formulando muchas preguntas que son investigables con los métodos que tenemos. ¿Cuál es el factor que determina el acceso de los intereses económicos a la política? ¿Qué es lo que en nuestras instituciones democráticas hace que la gente se sienta políticamente inefectiva? ¿Por qué es que estas instituciones perpetúan la miseria y la desigualdad?

Hay un dicho en mi lengua nativa: “No es momento de llorar sobre rosas cuando están ardiendo los bosques”. Y cuando hablo con personas en Argentina, Francia, Polonia o los Estados Unidos, los escucho arder. La gente alrededor del mundo está profundamente insatisfecha con el funcionamiento de las instituciones democráticas, tanto en los países más desarrollados como en los menos. Piensa que los políticos sirven a los intereses de los ricos, de las empresas. No entiende por qué las instituciones democráticas parecen impotentes para reducir desigualdades tan evidentes como persistentes. Siente que los partidos políticos no sirven como mecanismos de transmisión de sus valores e intereses. Percibe que las decisiones importantes las toman instituciones, frecuentemente internacionales, sobre las que nadie tiene control.

El peligro es que, a menos que sigamos formulando estas preguntas, dejaremos las respuestas en manos de demagogos de variantes ideológicas diferentes. Me llamó mucho la atención en una visita a Argentina que toda la discusión política estuviera polarizada entre los neoliberales, que creían que “el mercado” era el demiurgo de todo, y los neopopulistas, que creían que el demiurgo era “el pueblo”, en su sentido peculiar del siglo dieciocho.

Toda la estructura de incentivos de la academia en los Estados Unidos opera en contra de asumir grandes riesgos políticos e intelectuales. Los estudiantes de posgrado y los profesores asistentes aprenden a empaquetar sus ambiciones intelectuales en artículos que son publicables en unas pocas revistas y a alejarse de cualquier cosa que pueda lucir como una postura política. Este profesionalismo, es cierto, avanza el conocimiento de preguntas precisamente formuladas, pero no tenemos foros para divulgar nuestro conocimiento fuera de la academia. De hecho, no hablamos de política ni siquiera entre nosotros mismos. Han pasado décadas desde que las revistas profesionales —“profesionales” es como se las denomina— publicaran ensayos sobre “¿Qué está mal hoy en los Estados Unidos o respecto de la democracia, y qué está bien?” o “¿Cómo hacer el mundo mejor?” Para mí, estaríamos diciendo más si la *American Political Science Review* fuera simplemente cerrada.

La teoría de la elección racional

Por lo que ha dicho sobre el entrenamiento de los estudiantes de posgrado, parece claro que apoya la incorporación de la teoría de juegos como herramienta estándar en política comparada.

Envío a mis estudiantes a tomar cursos de teoría de juegos porque creo que es esencial, es una herramienta que cualquiera debería tener en su bolsillo, lo que no quiere decir que debas sacarla en cualquier circunstancia. Una vez tuve a un estudiante chino cuyo padre había participado en la Larga Marcha y que más tarde se había vuelto un prominente comunista chino. Escribió una tesis sobre la revolución china basada en su conocimiento íntimo del caso, con acceso a archivos provinciales a los que nadie había accedido antes. Hizo una excavación histórica formidable. Pero también tenía un modelo de teoría de juegos. Fue entrevistado para varios trabajos en este país, y en una de esas entrevistas le dijeron que habría obtenido el trabajo si no hubiera usado la teoría de juegos. Esto fue hace muchos años y hoy, por suerte, ese tipo de sesgo se evaporó. Una de las cosas sorprendentes de las ofertas laborales vinculadas con la política comparada en los últimos dos años es que casi todos buscan postulantes con intereses comparados amplios y entrenamiento metodológico. Esta es una evolución que llegó para quedarse. Creo que es una tendencia que se necesitaba desde hacía mucho tiempo.

Al mismo tiempo, usted ha escrito trabajos críticos sobre la elección racional y la teoría de juegos⁹⁶

A veces la teoría de juegos es una herramienta útil, pero otras veces no. Soy escéptico sobre la teoría de juegos en dos sentidos.

En primer lugar, estoy bastante inclinado a creer que a veces la gente no actúa estratégicamente. Ni siquiera voy a decir “racionalmente”, porque esta es una noción estrecha y muy exigente. La gente no es siempre consecuencialista, en el sentido de que no siempre hace cosas porque mira hacia el futuro y ve las consecuencias de sus acciones. La gente muy frecuentemente tiene creencias profundas y no admite nada que sea inconsistente con esas creencias. Siente de una manera tan apasionada que hace cosas más allá de las consecuencias. Recuerdo que cuando estábamos intentando distinguir entre diferentes tipos estratégicos dentro de los regímenes autoritarios –“línea dura”, “reformistas”, etc.– en el proyecto de las transiciones, Fernando Henrique Cardoso enfatizó: “Pero no se olviden de los tontos”. En términos generales, la teoría de juegos comienza con preferencias, y no sabemos cuáles son.

Funciona, creo, cuando existen razones plausibles para imputar motivaciones a clases particulares de actores. Tiene sentido en relación con los “consumidores”, quienes buscan maximizar el consumo y el tiempo libre. Funciona con “propietarios de tierra y

96. Adam Przeworski, “Marxism and Rational Choice”, *Politics and Society*, Vol. 14, N° 4 (diciembre de 1985), pp. 379- 409.

campesinos”, “sindicatos y empresas.” Pero fracasa con “individuos” o “votantes”: la gente tiene motivaciones muy diferentes, de manera que ninguna presuposición simple las puede caracterizar a todas.

Muy brevemente, creo que la teoría de juegos funciona cuando está acompañada por buena sociología, cuando uno puede hacer inferencias razonables partiendo de posiciones en algunas estructuras de interdependencia sobre las motivaciones de los actores que ocupan esas posiciones.

En segundo lugar, la teoría de juegos genera muchos equilibrios, y una consecuencia es que brinda teorías pobres en relación con la historia. Los modelos de juegos dinámicos por lo general se apoyan en una selección *ad hoc* de equilibrios. Nuevamente, a veces funcionan y a veces no.

Narrativa analítica e investigación histórica comparada

Un intento de introducir la teoría de juegos a la política comparada ha adoptado la forma de la narrativa analítica, tal como ha sido propuesto en el libro de Bates et al.⁹⁷ Elster fue bastante crítico de este libro en su comentario en la American Political Science Review.⁹⁸ ¿Comparte las críticas de Elster?

Creo que el libro *Analytical Narratives* [Narrativas Analíticas] es menos innovador de lo que sus autores lo ven, pero estoy inclinado a apoyar el propósito principal del proyecto sobre narrativas analíticas, que consiste en que los estudios de casos deben estar teóricamente bien informados y ser teóricamente informativos. No tengo nada en contra de estudiar casos. Creo que puedes aprender mucho estudiando a Polonia o Argentina. Pero quiero saber qué hipótesis generales son relevantes para los estudios de casos particulares.

Déjame agregar dos puntos más. En primer lugar, la narrativa no tiene necesariamente que tener el formato de la teoría de juegos. En segundo lugar, cuando haces estudios de casos, necesitas saber dónde se sitúa tu caso en el contexto más amplio de los otros casos. Así que digo: “Haz una regresión antes de entrar en el estudios de casos. Luego mira primero los casos que estén sobre la línea. Después mira algunas observaciones atípicas, porque pueden resultar ilustrativas de las condiciones específicas.” Aquí hay un ejemplo. Creo que el artículo de Guillermo O’Donnell “*State and Alliances in Argentina*” [“Estado y alianzas en la Argentina”] es brillante.⁹⁹ Siempre lo asigno a mis estudiantes como *el* estudio de casos. Sin embargo, Argentina es un caso peculiar. Si uno hace, al igual que yo lo hice en algún momento, regresiones de distintos tipos sobre todo el mundo, termina

97. Robert Bates, Avner Greif, Margaret Levi, Jean-Laurent Rosenthal, y Barry Weingast, *Analytical Narratives*, Princeton University Press, Princeton, 1998.

98. Jon Elster, “Rational Choice History: A Case of Excessive Ambition”, *American Political Science Review*, Vol. 94, N° 3 (septiembre de 2000), pp. 685-95.

99. Guillermo O’Donnell, “State and Alliances in Argentina, 1956-1976”, *Journal of Development Studies*, Vol. 15, N° 1 (octubre de 1978), pp. 3-33; versión en castellano: Guillermo O’Donnell, “Estado y alianzas en la Argentina”, 1956-1976, *Desarrollo Económico*, Vol. 16, N° 64, 1977.

descubriendo que Argentina ha estado siempre varias desviaciones estándar detrás.¹⁰⁰ Tuvo, por lejos, la mayor cantidad de transiciones de regímenes políticos de todos los países y tuvo democracias que no sobrevivieron incluso cuando el país era relativamente rico. De hecho, los casos de caída de la democracia en contextos de mayor riqueza ocurrieron en Argentina, en 1976, 1966 y 1962. Argentina estaba entre los diez países más desarrollados en 1900, pero ahora está mucho más abajo. Es el país más extraño del mundo. ¿Qué quiere decir todo esto? Quiere decir que cuando empiezas a teorizar sobre la base de la Argentina vas a tener muy poca generalidad. Esta es la razón por la cual mi primer principio en materia de narrativa política es situar el caso en un contexto más amplio.

Respecto de la reseña que hizo Elster de *Analytical Narratives*, creo que fue crítico por las razones erróneas. Elster tiene un modo de sopesar cada crítica de manera pareja. Su crítica típica de artículos es más o menos así: “Tengo once puntos. El punto número uno es que en la página tres cometió un error. El punto número dos es que todo lo que dice está mal formulado. El punto número tres...”. Así que tiene una suerte de enfoque de lista de supermercado. Estoy persuadido de que tenía razón en muchos puntos históricos; los autores de *Analytical Narratives* no tenían muy bien la parte histórica. Pero no creo que Elster haya intentado entender el propósito de los autores.

Otro enfoque sobre política comparada que se centra principalmente en casos e historia es el análisis histórico comparado, frecuentemente inspirado en el libro de Barrington Moore, “Social Origins of Dictatorship and Democracy” [Los Orígenes Sociales de la Dictadura y de la Democracia].¹⁰¹ ¿Cuál es su opinión acerca de este trabajo?

Lo que me molesta de Barrington Moore es la sensación de acción desde la distancia que su obra me transmite. El trabajo de Moore tiene causas que se remontan a tres siglos atrás y consecuencias que se remontan a cincuenta años atrás. ¿Qué pasó en el medio? Nunca me persuadió el libro *Social Origins of Dictatorship and Democracy*. No hay duda de que es un libro hermoso: amplio y erudito. Pero nunca me persuadió el análisis de los mecanismos causales. En términos generales, no me convence la sociología histórica macro-comparada. Como John Roemer observó (en su “Introducción” al libro *Analytical Marxism*), mientras queremos encontrar regularidades a un nivel macro, la explicación de ellas debe ser formulada a un nivel micro: alguien debe estar haciendo algo para producir ese estado macro. La sociología histórica macro-comparada no brinda tales mecanismos causales.

Tampoco considero que esta literatura sea muy útil como fuente de información. Una cosa que descubrí al intentar recoger datos es que no tenemos buenas historias políticas. En este sentido, la sociología histórica macro-comparada me pareció inservible en términos de información. Buena parte de ella sucede al nivel de actores misteriosos. Los libros macro-

100. Adam Przeworski, Michael E. Alvarez, José Antonio Cheibub y Fernando Limongi, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, op. cit., pp. 99-101.

101. Barrington Moore, Jr., *Social Origins of Dictatorship and Democracy: Lord and Peasant in the Making of the Modern World*, Beacon Press, Boston, 1966; versión en castellano: Barrington Moore, Jr., *Los Orígenes Sociales de la Dictadura y de la Democracia*, Península, Barcelona, 1991.

históricos brindan muy pocas fechas, nombres y lugares. Analizan actores colectivos, como los campesinos, los propietarios de la tierra y la burguesía, quienes marchan a través de la historia sin fechas o lugares. Desde el punto de vista fáctico (*factographic*), esta literatura me parece poco informativa.

Los estándares metodológicos y la política comparada dentro y fuera de los Estados Unidos

Durante la última década, la política comparada le prestó mucha atención a las cuestiones metodológicas. ¿Qué piensa que hay detrás de este cambio?

Tengo una explicación derivada de la teoría de la elección racional para dar cuenta de esta tendencia. Creo que los especialistas en Estados Unidos (*Americanists*) que se desempeñan en los departamentos de ciencia política, quienes están más orientados metodológicamente, comenzaron a poner presión sobre la gente de otras sub-disciplinas para que mejoraran sus estándares metodológicos. En la mayoría de los departamentos, el desarrollo metodológico en política comparada se logró a la fuerza respecto de la gente que llevaba a cabo los estudios de área. Los especialistas en Estados Unidos, al haber nacido y crecido en el país objeto de sus estudios, no tienen que aprender la lengua, historia y cultura de otras sociedades. Así que pueden emplear su tiempo en aprender teoría y métodos. A su vez, los comparativistas se ven con frecuencia en la posición nada envidiable de tener que aprender ambas cosas. Tienes que aprender turco, la historia de Turquía y así. Luego también tienes que aprender la teoría y los métodos que los especialistas en Estados Unidos aprenden. Pero pocos comparativistas hicieron esto, al menos entre aquellos que realizan estudios de área. En cierto momento, creo que los especialistas en Estados Unidos se rebelaron, porque los departamentos tenían dobles estándares.

En la Universidad de Chicago, una vez tuvimos un caso en el que teníamos que decidir sobre el otorgamiento de titularidad [*tenure*] a una persona que hacía investigación de primer nivel sobre la Unión Soviética. Durante dos años, esta persona asistió a las reuniones regulares de una célula local del Partido Comunista y vio desde dentro cómo funcionaba. Esta investigación era etnográficamente notable. Pero no tenía pregunta, ni método, ni conclusión. Era pura etnografía. Cuando surgió la cuestión de la titularidad, una de las personas a las que les pedimos una carta era un economista que también había estudiado la Unión Soviética. Nos escribió diciendo: “Creo que de lo que se trata acá es de considerar si quieren tener un estándar o dos. Nosotros los economistas abandonamos este tipo de cosa etnográfica y tenemos el mismo estándar para todos. Pero tal vez quieran tener dos”. No nos estaba sugiriendo ni una cosa ni la otra. Simplemente estaba diciendo: “De esto se trata su decisión”. Y creo que este caso ilumina lo que ocurrió en los departamentos de ciencia política a lo largo del país. Básicamente, los especialistas en Estados Unidos dijeron: “Queremos tener sólo un estándar”.

¿Es esto saludable para la política comparada?

Creo que es muy saludable. No creo que lo hayamos manejado institucionalmente, porque tener un solo estándar implica que los comparativistas tengan el doble de trabajo

que los especialistas en Estados Unidos que sólo estudian este país. Los cambios son inevitables y beneficiosos, pero tienen un costo.

¿Cuáles serán las implicaciones de este desbalance para el futuro de la política comparada?

Va a significar que, como en el pasado, los extranjeros educados en los Estados Unidos jugarán un rol principal en el desarrollo del área. Si miras la historia de la política comparada estadounidense, encontrarás que varios de los comparativistas más eminentes son o eran extranjeros: Karl Deutsch, Guillermo O'Donnell, Leonard Binder, Juan Linz, Ari Zolberg, y la lista sigue.

¿Y qué hay de las contribuciones de los estadounidenses a la política comparada?

Bueno, déjame decir algo que va a sorprender y ofender a la mayoría de mis colegas de estudios de área. Tengo fuertes sentimientos en contra del estudio de países extranjeros. Cuando vivía en Polonia y veía extranjeros, la mayoría de ellos estadounidenses, venir a Polonia y estudiar el país, pensaba que esa gente no tenía ni idea de lo que estaba haciendo. Estaban formulando sus estudios en términos de sus cuestiones ideológicas estadounidenses y, por ende, no analizaban problemas que nosotros, los polacos, o los científicos sociales polacos, veíamos como fundamentales. Simplemente estaban exportando fantasías ideológicas estadounidenses.

Me genera mucha resistencia la concepción estadounidense de la política comparada, que consiste en que los estadounidenses salen de su país y estudian otros países. El campo de la política comparada es extraño. Cuando los estadounidenses estudian los Estados Unidos hacen ciencia política estadounidense, pero cuando estudian Brasil, hacen política comparada. Ahora, me pregunto, ¿qué hacen los brasileños cuando estudian Brasil? Esto no quiere decir que los estadounidenses no hayan hecho un buen trabajo en países particulares. Uno podría citar y citar. En ocasiones han hecho estudios que fueron vistos como contribuciones importantes dentro de los propios países que estudiaban: el trabajo de Schmitter sobre corporativismo en Brasil y el de Alfred Stepan sobre los militares en ese país son libros que los brasileños ven como contribuciones fundamentales para entender su país.¹⁰² Pero sospecho que este tipo de trabajo es bastante raro.

Particularmente en estos días, aunque esto ha sido así por mucho tiempo, los extranjeros formados en los Estados Unidos son mucho mejores a la hora de estudiar sus países respectivos de lo que serán alguna vez los estadounidenses. He tenido estudiantes argentinos, coreanos, chinos y brasileños que son científicos sociales de primera clase, cualquiera sea el criterio de evaluación. Volvieron a sus países y hacen un trabajo excelente, mejor de lo que la mayoría de los extranjeros será capaz de hacer alguna vez. No hay ninguna razón que nos lleve a pensar que estudiar el mundo debe ser un monopolio de los Estados Unidos. Esto no quiere decir que el conocimiento producido por los

102. Philippe C. Schmitter, *Interest Conflict and Political Change in Brazil*, Stanford University Press, Stanford, 1971; Alfred Stepan, *The Military in Politics. Changing Patterns in Brazil*, Princeton University Press, Princeton, 1971.

estadounidenses no le sea útil a la gente de otros países. Pero, en algún punto, necesitamos empezar a pensar sobre el estudio de la política comparada como una empresa en la que colaboramos, intercambiamos perspectivas, y tal vez proveemos algunos recursos a la gente que estudia sus propios países, en vez de jugar este juego de paracaidistas.

Conclusión

Usted ha tenido una carrera larga y prolífica y sin embargo sigue volcándose hacia áreas nuevas y el aprendizaje de cosas nuevas. ¿Qué lo mantiene en movimiento?

Hasta cierto punto es cuestión de tolerancia al dolor. Hoy esto es especialmente cierto para nosotros, la gente mayor. Todos estos chicos saben cosas que uno no, y hay tantos dispositivos técnicos dando vuelta que sabes que deberías estar usando pero no sabes cómo. Nunca estás seguro de si vas a ser capaz de aprender estas cosas o si ellas sobrepasarán tus habilidades. Así que cada vez que te zambulles a algo nuevo, sientes el dolor. Pero, obviamente, me gusta lo que hago, y tal vez no sepa cómo hacer otra cosa. Creo que simplemente me gusta la investigación. También tengo un sentimiento político fuerte, y buena parte de mi trabajo está guiada por eso. Me veo interviniendo en debates políticos y creo que la calidad de esas intervenciones importa. Así que ésa es obviamente parte de la motivación para continuar.

¿Cuáles son sus planes de investigación para los próximos años?

Hoy sólo tengo planes de mediano plazo. Lo que más me mantendrá ocupado es lo que me ha mantenido ocupado durante mucho tiempo: democracia, desarrollo y distribución del ingreso. Estoy involucrado en dos proyectos, y no tengo claro todavía cómo es que se relacionan. Quiero examinar la democracia desde la perspectiva de sus fundadores. Es obvio para mí que la democracia no es lo que los “fundadores” en distintos países quisieron que fuera y esperaban que fuera. Mi pregunta, entonces, es por qué. ¿Era irrealizable el proyecto original? ¿Tomaron las cosas un giro accidental? Como sucede a menudo, tengo una motivación política: quiero saber por qué la democracia no ha generado mayor igualdad económica, una participación política más efectiva, y un mayor equilibrio entre orden y libertad. ¿Es esto inherente a la democracia y por ende irremediable? ¿Cuáles son los límites de la democracia? ¿Cuánta igualdad, cuánta participación efectiva y cuánta libertad puede generar un sistema democrático en el máximo de su potencial?•

El segundo aspecto de este proyecto implica recoger datos históricos. Por muchas razones, me he convencido de que, para entender los desarrollos recientes, uno tiene que retrotraerse en la historia más atrás de lo que otros y yo lo hemos hecho. Por ejemplo, como ya mencioné, la estabilidad de los regímenes políticos posteriores a 1950 parece depender de toda su historia política. Si uno quiere examinar el impacto de las instituciones políticas

• N. del T.: Przeworski formula estos interrogantes en Adam Przeworski, *Democracy and the Limits of Self-Government*, ob. cit.; versión en castellano: Adam Przeworski, *Qué esperar de la democracia*, ob. cit.

sobre el desarrollo, uno no puede saltarse siglos, presuponiendo que las instituciones nunca cambian. Por eso quiero volver a la relación entre instituciones políticas y desarrollo económico tomando una perspectiva de más largo alcance.

¿Cuál es su consejo para un estudiante de posgrado joven que está empezando hoy?

Esta resulta ser una pregunta que me es muy difícil responder por razones que pueden ser evidentes, dados mis lamentos previos. Creo que nuestro sistema de incentivos, y la cultura de equilibrio que surge de nuestros arreglos institucionales, promueven el pensamiento estrechamente concebido, que conlleve poco riesgo, y que no diga nada que sea políticamente controversial. Se recompensa el ‘profesionalismo’. Y muchos estudiantes ingresan al estudio de posgrado en ciencia política porque, si bien tienen algún interés superficial en la política, creen que los trabajos académicos brindan ingresos seguros y una buena vida. Me encantaría poder decirles: “Piensen en grande”, “Asuman riesgos”. Pero éste sería un consejo barato: yo ya tengo un trabajo seguro en una buena universidad. Así que no doy consejos. Explico cuáles pienso que son las opciones y dejo a cada uno decidir sobre ellas.

La mecánica de la inestabilidad política en Latinoamérica

Adam Przeworski

Resumen

Este trabajo analiza una cuestión en particular: ¿cómo es posible que países que intentaron instalar la democracia en forma más temprana gozaran de ella con menor frecuencia? Mi argumento es que existen dos mecanismos que gobiernan la dinámica de los regímenes políticos: (1) Las democracias se vuelven más duraderas a medida que aumenta su ingreso *per cápita* y (2) las experiencias democráticas anteriores tienden a desestabilizar tanto a los regímenes democráticos como a los autocráticos. Como consecuencia de ello, los países que incursionan en las vías democráticas cuando su nivel de ingresos es más bajo tienden a sufrir una mayor inestabilidad. Más aun, hasta que no alcanzan un determinado umbral de ingresos, dichos países tienen menos probabilidades de ser democráticos que aquellos que, al momento de adoptar la democracia, gozan de un mayor nivel de ingreso. Por lo tanto, y en forma paradójica, la resistencia que opusieron las monarquías europeas a la democracia condujo a regímenes democráticos más estables que aquellos surgidos de los movimientos post-independentistas en Latinoamérica.

Palabras clave. Latinoamérica, democracia, inestabilidad del régimen político.

1. Introducción*

Este trabajo¹ analiza un enigma en particular: ¿cómo es posible que países que intentaron instalar la democracia más tempranamente gozaran de ella con menor frecuencia?

La motivación para el trabajo se remite a Lipset², cuyo análisis contiene dos peculiaridades³: la primera de ellas se vincula con el hecho de que el umbral de ingresos necesario para sostener la democracia sea más bajo para Latinoamérica que para Europa y sus descendientes anglosajones. Lipset muestra que las democracias europeas se mantuvieron con un rango de ingreso *per cápita* entre los US\$ 420 y los US\$ 1453, mientras que, en Latinoamérica, los ingresos eran de entre US\$ 112 y US\$ 346. El rango de ingresos en las democracias latinoamericanas es aun menor al de las dictaduras europeas, que se sitúa entre los US\$ 128 y los US\$ 482. La segunda peculiaridad es que las categorías que él utilizó para Europa fueron las de “democracias estables” y “dictaduras inestables”, mientras que para Latinoamérica utilizó las de “democracias inestables” y “dictaduras estables”. Lipset nunca profundizó sobre estos patrones, pero logró captar algo real y sistemático.

Ahora bien, la afirmación según la cual los países latinoamericanos incursionaron en la democracia antes que Europa o Norteamérica y, lo que es más significativo, a niveles de desarrollo económico más bajos, no es original⁴, aun cuando continúe despertando sorpresa en algunos estadounidenses y europeos etnocéntricos. La primera parte del trabajo proporciona evidencia anecdótica y sistemática en defensa de este argumento. En la segunda parte, se analiza la dinámica de los regímenes políticos. La última parte provee algunas explicaciones y plantea algunos interrogantes no respondidos.

En este trabajo haré mayor hincapié en la “mecánica” que en las causas subyacentes, acerca de las cuales solo haré una breve mención más adelante. En otras palabras, la pregunta es: “¿qué condiciones deben cumplirse para que los regímenes políticos

* Publicado en inglés como Adam Przeworski, “The Mechanics of Regime Instability in Latin America”, *Journal of Politics in Latin America*, 1, 1, pp. 5-36. Traducido, bajo autorización del *Journal of Politics in Latin America* y del autor, por Samanta Biscardi y Cecilia Hopp, con la colaboración de Paula Arturo, Cecilia Garibotti y Soledad Manin.

1. Una versión revisada del trabajo fue presentada en el simposio sobre Nuevas fronteras de la investigación institucional, GIGA Institute on Latin American Studies, Hamburg, 5 y 6 de mayo, 2008. Agradecemos los numerosos comentarios de los participantes, así como los de José Antonio Cheibub y Carolina Curvale. Este trabajo recibió una subvención de la National Science Foundation.

2. Lipset, Seymour Martin, *Political Man: The Social Bases of Politics*, Garden City: Doubleday, 1960, Cuadro II.

3. Fernando Limongi fue quien llamó nuestra atención sobre este punto.

4. Annino observó que “el caso latinoamericano presenta una extraordinaria precocidad en el contexto internacional... Si miramos al espacio euroatlántico en su conjunto es evidente que América Latina se encuentra en una situación de vanguardia.” Annino, Antonio, “Introducción”, en Annino, Antonio (ed.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica: Siglo XIX*, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 10. Para un análisis acerca de las primeras constituciones en Latinoamérica, véase Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid: Siglo XXI, 2005.

muestren la dinámica observada?” y no tanto: “¿por qué sucede esto?” Asimismo, si bien los mecanismos generales dan cuenta de buena parte del patrón de inestabilidad del régimen observado, no todo es mecánico. Por este motivo, el presente trabajo presenta tantos interrogantes como preguntas responde, y no debería ser interpretado como una explicación definitiva sino como un intento de orientar investigaciones futuras.

2. Coyuntura temporal

En general los intentos democráticos se produjeron antes en Latinoamérica que en Europa y a niveles menores de desarrollo económico. Hasta cierto punto, esta coyuntura temporal se debió al hecho de que varias regiones de Latinoamérica participaron de las elecciones de las Cortes de Cádiz en 1809, instalando la idea de instituciones representativas en un momento en el cual los países europeos se encontraban envueltos en las guerras napoleónicas y las elecciones eran todavía una rareza⁵. Sin embargo, una razón más general fue que las guerras de independencia en Latinoamérica fueron, a su vez, guerras dirigidas contra la monarquía⁶, mientras que la mayoría de los países europeos experimentaron una transferencia gradual de poder desde los monarcas hacia los parlamentos.

La administración española de las colonias era directa y centralizada, lo que dejaba poco margen para el autogobierno. La única institución en la América española que daba algún espacio al autogobierno—el cabildo—era una institución de representación estamental [*estate*] en la que los cargos podían ser comprados y conservados a perpetuidad (a partir de 1556) y que contaban con unos pocos puestos electivos, que se obtenían en condiciones de sufragio muy restrictivas y estaban sujetos a confirmación por parte de la Corona. El poder fiscal del cabildo era mínimo. Funcionaba tan mal que en 1789 los intendentes nombrados por la Corona asumieron la mayoría de sus funciones. Como resumen de su evolución, Haring⁷ concluyó que “para el fin de la época colonial, el cabildo había prácticamente desaparecido”. Así, cuando la administración colonial española se desintegró—y colapsó,

5. Palacios y Moraga enfatizan el impacto de las elecciones de Cádiz: “Limitadas como lo fueron, las elecciones de 1809 para elegir representantes americanos a la Junta Central constituyeron un momento central en el nacimiento de sistemas políticos modernos en Iberoamérica”, Palacios, Guillermo y Moraga, Fabio, *La independencia y el comienzo de los regímenes representativos*, Madrid: Editorial Síntesis, 2003, p. 147.

6. Mientras en varios países las primeras declaraciones de independencia declaraban su lealtad a Fernando VII, ninguna lo hizo luego de que el gobierno monárquico fuera restablecido en España. Según Bahamonde y Martínez, (1) “el Estado transoceánico tenía muchas más connotaciones señoriales que coloniales” y (2) “el liberalismo sirvió, por lo tanto, de arma revolucionaria para contrarrestar los vacíos de poder a ambos lados del Atlántico”, Bahamonde, Ángel y Martínez, Jesús A., *Historia de España: Siglo XIX*, Madrid: Cátedra, 1998, pp. 15-16.

7. Haring, Clarence Henry, *The Spanish Empire in America*, New York: Harcourt, Brace & World, 1947, p. 165.

no debido a la presión independentista de las Américas sino a los eventos que ocurrieron en Europa— no existía un marco institucional previo dentro del cual pudieran resolverse los conflictos existentes.

Latinoamérica debió crear sus instituciones de la nada. Y se estaba explorando *terra incognita*. Cuando Haití, en 1804, y Venezuela, en 1811, declararon su independencia, las opciones conocidas eran la monarquía, la república con órganos de gobierno colegiados de fuerte impronta hereditaria, y la república con una legislatura elegida directamente y un presidente elegido indirectamente. En muchos de los nuevos países, el primer órgano de gobierno fue un cuerpo colegiado que ejercía tanto la función legislativa como la ejecutiva. Argentina, de 1811 a 1814, y Venezuela, de 1811 a 1812, fueron gobernadas por Triunviratos. Sin embargo, el poder ejecutivo colegiado que había gobernado Francia ya no existía en esa época, y la experiencia francesa no sirvió como referencia para los fundadores latinoamericanos. Por su parte, la Convención de Filadelfia se encontraba presente en sus mentes gracias al General Francisco Miranda, quien había participado en la guerra de independencia de los Estados Unidos de América, para luego convertirse en la figura central durante la sanción de la Constitución de las Provincias Unidas de Venezuela en 1811. Otro fuerte antecedente fue la Constitución de Cádiz de 1812, que preservó la monarquía pero limitó fuertemente sus facultades.

En la mayoría de los países latinoamericanos, de manera intermitente, brotaron sentimientos favorables a una solución monárquica. En Argentina, durante el Congreso de Tucumán de 1816, el General Belgrano propuso “una monarquía temperada”, es decir, un proyecto monárquico que contara con un rey nativo de las Américas—un descendiente de los Incas—, en lugar de un monarca de linaje europeo. El General San Martín también estaba a favor de la opción monárquica⁸. En Uruguay, hubo propuestas de monarquía bajo el gobierno de un príncipe italiano o británico. Sin embargo, finalmente solo Brasil adoptó dicha forma de gobierno hasta que el país se convirtió en una república en 1889. En México, el primer emperador, Agustín de Iturbide, duró dos años en el poder; luego hubo un breve regreso a la monarquía entre 1862 y 1867. Según Rippy⁹, el fracaso de estos intentos monárquicos se debió a que:

“las casas reales europeas y los promotores de la monarquía en América tuvieron dificultades para llegar a un acuerdo, los Estados Unidos se oponían al gobierno de reyes americanos, era difícil encontrar príncipes, y el pueblo no estaba dispuesto a tolerarlos.”

Al final, prevalecieron las instituciones basadas en el modelo de los Estados Unidos; con el correr del tiempo, todos los sistemas políticos latinoamericanos eligieron

8. López Alves, Fernando, *State Formation and Democracy in Latin America, 1810-1900*, Durham: Duke University Press, 2000, p. 179.

9. Rippy, Fred J., “Monarchy or Republic?”, en Hugh M. Hamil, Jr. (ed.), *Dictatorship in Spanish America*, New York: Alfred A. Knopf, 1965, p. 89.

legislaturas y atribuyeron la función ejecutiva a los presidentes.¹⁰ Pero esta alternativa enfrentó dificultades desde un principio por el deseo de Bolívar de mantener su puesto a perpetuidad. Aunque “El Libertador” no se atrevió a reclamar títulos reales, dejó en claro que su sistema ideal era la monarquía constitucional inglesa y que deseaba convertirse en un monarca vitalicio bajo el título de Presidente¹¹. La ambición monárquica de Bolívar instaló en Latinoamérica un miedo que solo iba a disminuir hacia fines del siglo XX y que pasó a ser institucionalizado bajo la forma de límites temporales a los mandatos, el “nudo gordiano” de la política latinoamericana¹². Solo una Constitución, de autoría del propio Bolívar —cuya vigencia en Bolivia fue de dos años (a partir de 1826) y aun menor en Perú—, otorgaba mandato de por vida al presidente.

Si bien las dos soluciones mencionadas (la monarquía y la democracia presidencial) fueron las principales, no se dejó de lado la creatividad. En la década de 1790, Francisco Miranda elaboró un plan de gobierno provisional que proponía la elección de un Poder Ejecutivo —que se denominaría el “Inca”—, por parte del Parlamento (la “Dieta”)¹³. Los primeros dos líderes de Chile asumieron bajo el título de “Director Supremo de la Nación”, aunque a partir de allí serían conocidos como presidentes. El primer título de Miranda fue el de “Generalísimo”. El más creativo fue el Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia, quien, luego de haberse convertido en 1813 en uno de los dos cónsules que se alternarían cada cuatro meses en el poder, y posteriormente en dictador designado por tres años, se autoproclamó “El Dictador Perpetuo” de Paraguay en 1816 y gobernó hasta 1840 bajo el título de “El Supremo”¹⁴. Si bien esta historia puede parecer anecdótica, la innovación introducida por Francia fue radical y duradera, y merece ser equiparada a la invención de Lenin del Estado de partido único. Fue radical, por cuanto el único modelo de dictadura conocido hasta el momento había sido el romano y, en ese modelo, el poder en manos del dictador era delegado, excepcional y de duración limitada. “Dictador Perpetuo” constituía

10. El propio término tiene efectivamente muy poco arraigo en la tradición colonial española, ya que la “Presidencia” era una unidad administrativa por debajo del Virrey y estaba encabezada por el Presidente, quien, en calidad de miembro de la Audiencia, tenía facultades jurisdiccionales.

11. Discurso de Angostura de 1819, en Bolívar, Simón, *Escritos políticos*. Editado por Graciela Soriano, Madrid: Alianza Editorial, 1969. Este es un texto fascinante. Bolívar observa que únicamente la democracia es compatible con la libertad, y se pregunta qué gobierno ha sido más exitoso en combinar poder, prosperidad y estabilidad. Su respuesta es “Inglaterra”. Si bien admira los logros de los Estados Unidos, sostiene que la experiencia estadounidense no puede ser repetida en otro país. En cambio, el modelo a seguir es Gran Bretaña, que era en esa época una república *de facto* (esto luego de argumentar en contra de seguir el ejemplo de los EE.UU. invocando a Montesquieu y su idea de que un gobierno debe reflejar las condiciones locales). Por último, se muestra listo a realizar su jugada: tendrán un Senado hereditario, elegido por el Congreso actual entre ustedes, a quienes el Congreso debe su existencia, y yo me convertiré en el monarca hereditario inglés bajo el título de Presidente.

12. De Luca, Miguel, “Los ejecutivos”, en Hipólito Orlandi (Ed.), *Las Instituciones Políticas de Gobierno* (Vol. I), Buenos Aires, Eudeba, 1998, pp. 89-132, página 155.

13. Palacios, Guillermo y Fabio Moraga, *La independencia y el comienzo de los regímenes representativos*, Madrid: Editorial Síntesis, 2003, p.102.

14. Francia es el protagonista de una novela histórica muy bien documentada de Augusto Roa Bastos: “Yo el supremo”. Allí no pudimos encontrar, sin embargo, ninguna sorpresa en relación con la noción del dictador perpetuo. Las únicas descripciones extranjeras de su reinado fueron escritas por dos naturalistas y un comerciante, pero no las he leído.

un oxímoron¹⁵. Más aun, el último intento de imponer una dictadura permanente, casi veinte siglos antes, no presagiaba nada bueno para el futuro del Dr. Francia. Sin embargo, esta invención resultó duradera, ya que Francia sentó un precedente para caballeros tan ilustres como Mussolini, Hitler, Franco, Kim Il-Sung, Gadafi y Castro.

De este modo, mientras en Europa se originaron ideas liberales, en Latinoamérica las instituciones representativas surgieron en gran medida ante la ausencia de otras alternativas (*by default*). Era necesario crear algún tipo de marco institucional para reemplazar la administración española, el monarquismo resultó ser poco práctico, y el éxito del gobierno republicano de los Estados Unidos ofrecía una solución plausible.

Ahora bien, la experiencia del “caudillismo” constituye una objeción al argumento sobre el surgimiento precoz de intentos democráticos en Latinoamérica. A pesar de los innumerables trabajos dedicados a este tema, se trata de un concepto vago. Es verdad que muchos “generales” atravesaron exóticas junglas para acceder al poder en las capitales, mientras que otros dejaron las capitales para dirigirse a sus provincias en búsqueda del poder. Sin embargo, el rasgo más llamativo de la autocracia en Latinoamérica es que casi siempre se la justificaba por su carácter “excepcional” y se la presentaba bajo ropajes constitucionales. Como señala Rippy¹⁶:

“En los documentos de la época, ya sea sinceramente o buscando deliberadamente el engaño, siempre se utilizaban expresiones que hacían presumir una crisis: libertador, restaurador, regenerador, salvador de la patria, entre otras. Constantemente, alguien tenía que “salvar” a estos países”

Del mismo modo, en Paz¹⁷:

“Es significativo que la frecuencia con que se han sucedido los golpes militares no haya desvanecido (“*esmaecido*”) la idea de la legitimidad democrática en la conciencia de nuestro pueblo. Por esta razón, los dictadores que asumen el poder declaran, casi invariablemente, que su gobierno es provisional y que desean restaurar las instituciones democráticas en cuanto las circunstancias lo permitan.”¹⁸

Más sorprendente aun es la obsesión latinoamericana con el constitucionalismo: la primera medida de muchos “caudillos”, “hombres fuertes”, “dictadores” o

15. En Roma, el dictador era designado por el Senado por un tiempo limitado para lidiar con una emergencia. Cuando Bolívar quiso renunciar en la primera de sus tres dictaduras, por ejemplo, se le solicitó que permaneciera en sus funciones en los siguientes términos: “Permanezca, su Excelencia, como Dictador, redoble sus esfuerzos por salvar la Patria y, una vez que lo haya hecho, entonces restablezca el pleno ejercicio de la soberanía proponiendo un Gobierno Democrático”. Sobre Bolívar y dictadura, véase Aguilar Rivera, José Antonio, *En pos de la quimera: reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México: CIDE, 2000, Capítulo V.

16. Rippy, Fred J., *op. cit.*, p. 93.

17. Paz, Octavio, “A Democracia na América Latina”, en *Caderno de Cultura de O Estado de São Paulo*, 2, 128, 1963, pp. 3-4.

18. Ya Bolívar, en su discurso de aceptación del puesto de *Dictador Jefe Supremo de la República*, anunció: “Ya respiro devolviéndoos esta autoridad” (Discurso de Angostura, en Bolívar, Simón, *op. cit.*, p. 93).

“autócratas” al llegar a sus respectivos palacios presidenciales fue la de promulgar una nueva constitución.

Esto no quiere decir que los generales se hayan abalanzado hacia el palacio presidencial para luego simplemente abandonarlo porque alguien consiguió más votos. Como observa ácidamente Halperin Donghi¹⁹, “dentro de las múltiples formas de toma de poder en la América española post-colonial, la victoria en las urnas estuvo conspicuamente ausente”. Sin embargo, por lo general se celebraban elecciones y los parlamentos se mantenían en funcionamiento. Incluso, se solía permitir que se presentara algún contrincante en las elecciones: las elecciones sin oposición son un fenómeno más reciente. Quizás lo más peculiar de todo es que casi siempre se observaban límites temporales en los mandatos. Empezando por Chile a partir de 1831²⁰, muchos países latinoamericanos establecieron sistemas estables de sucesión por los cuales los presidentes en ejercicio finalizaban su mandato respetando el tiempo establecido, elegían a un sucesor, y utilizaban el poder del gobierno para asegurar la victoria de este último en las urnas²¹. La estabilidad de ese tipo de sistemas —Chile entre 1831 y 1871, Nicaragua entre 1856 y 1890, Brasil entre 1894 y 1930, Argentina entre 1897 y 1916, Uruguay entre 1898 y 1932 y México entre 1934 y 2000— fue notable.

Ahora bien, un escenario en el cual las autoridades, que frecuentemente accedían al poder por la fuerza, llamaban a elecciones únicamente cuando estaban seguros de triunfar no parece cumplir exactamente con lo que esperamos de una “democracia”. No estoy sosteniendo lo contrario. Pero, en esa época, el gobierno representativo no era una “democracia” según la definición que hoy atribuimos a este término, ni tampoco pretendía serlo para los primeros teóricos del gobierno representativo de Inglaterra, Suecia, los Estados Unidos, Francia o España²². La única justificación para utilizar el lenguaje de la democracia es de carácter genealógico: las elecciones, las legislaturas y el reconocimiento del derecho de oponerse al gobierno (al menos en las elecciones) son los elementos a partir de los cuales, posteriormente, se constituyeron las democracias modernas. Comparemos entonces estos antecedentes de la democracia —sufragio, elecciones, oposición— en los distintos continentes.

19. Halperin-Donghi, Tulio, *The Aftermath of Revolution in Latin America*, New York: Harper & Row, 1973, p. 116.

20. Sobre esto, véase Valenzuela, Samuel J., “The Origins and Transformation of the Chilean Party System”, Working Paper No. 215, The Helen Kellogg Institute for International Studies, Universidad de Notre Dame, 1995.

21. Collier y Sater afirman que “conseguir votos era un aspecto vital del trabajo del Intendente [el equivalente del “*préfet*” en Francia]... Sin embargo, en ciertas ocasiones, los intendentes llegaban demasiado lejos... Cuando el joven intendente de Colchagua, Domingo Santa María [futuro presidente] interpretó la instrucción del presidente de ganar las elecciones ‘a toda costa’ de manera demasiado entusiasta, ello fue aprovechado por sus enemigos y usado como pretexto para deponerlo”, Collier, Simon and Sater, William F., *A History of Chile, 1808-1994*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 58.

22. Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997; Dunn, Susan, *Jefferson’s Second Revolution: The Election Crisis of 1800 and the Triumph of Republicanism*, Boston: Houghton Mifflin, 2004; Hansen, Mogens Herman, “The Tradition of Democracy from Antiquity to the Present Time”, artículo presentado en el *Seminar on Democracy: Ancient and Modern*, Roma: Fondazione Adriano Olivetti, 2005.

En todos los países, las elecciones fueron llevadas adelante por el gobierno de turno y sus resultados fueron legitimados por aquellos que resultaron electos de esa manera²³. Como resultado, la intimidación, la manipulación y el fraude eran moneda corriente. La utilización del fraude en Latinoamérica ha sido extensamente documentada²⁴. Sin embargo, fuera de Latinoamérica, las elecciones también se caracterizaban por un uso desmedido del poder estatal con fines partidarios. Este fenómeno se dio, aunque sin éxito, en los Estados Unidos entre 1796 y 1800²⁵. La idea de presentar una lista oficial a los votantes para su aprobación plebiscitaria, que ya se había practicado en Francia durante el gobierno del Directorio, fue asimismo utilizada durante la Restauración, y se perfeccionó en el gobierno de Napoleón III²⁶. En forma similar, la monarquía española ganó un control tal sobre los votantes que, entre 1876 y 1917, pudo orquestar un sistema por medio del cual los gobiernos se alternaban en el poder de acuerdo con un arreglo previo entre los partidos. Según afirmaciones de Garrido²⁷:

“El electorado no elegía al Parlamento, y no elegía al gobierno. El sistema funcionaba ‘de arriba hacia abajo’: el rey nombraba al jefe de gobierno, quien convocaba a elecciones que, necesariamente, debían otorgar una amplia mayoría a su partido.”

Algo similar ocurrió en Portugal entre 1851 y 1869:

“Las elecciones se producían generalmente luego de un cambio de gobierno, no antes, y eran ganadas por el nuevo gobierno que manipulaba las relaciones de clientelismo de los jefes de partido entre los electores provinciales.”²⁸

Promocionar a los candidatos del gobierno no era una trasgresión sino que, por el contrario, era un deber de los funcionarios públicos: el Primer Ministro francés, Jean-Baptiste de Villèle, emitió una circular en 1822 de acuerdo con la cual:

“Todos los miembros de mi gabinete deberán, para mantener su puesto, contribuir, dentro de los límites de sus derechos, a la elección de miembros del parlamento sinceramente vinculados con el gobierno.”²⁹

23. Lehoucq, Fabrice, “¿Qué es el fraude electoral? Su naturaleza, sus causas y consecuencias”, *Revista Mexicana de Sociología*, 69, 2007.

24. Annino, *Historia de las elecciones en Iberoamérica: Siglo XIX*; Posada-Carbó, Eduardo, “Electoral Juggling: A Comparative History of the Corruption of Suffrage in Latin America, 1830-1930”, *Journal of Latin American Studies*, 32, 2000; Lehoucq, Fabrice y Molina, Iván, *Stuffing the Ballot Box: Fraud, Electoral Reform, and Democratization in Costa Rica*, New York: Cambridge University Press, 2002.

25. Dunn, Susan, *op. cit.*; Weisberger, Bernard A., *America Afire: Jefferson, Adams, and the First Contested Election*, New York: HarperCollins Publishers, 2001.

26. Zeldin, Theodore, *The Political System of Napoleon III*, New York: W.W. Norton, 1958.

27. Garrido, Aurora, “Electors and Electoral Districts in Spain, 1874-1936”, en Romanelli, Raffaele (ed.), *How Did They Become Voters? The History of Franchise in Modern European Representation*, The Hague: Kluwer, 1998, p. 218.

28. Birmingham, David, *A Concise History of Portugal*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p.132.

29. Citado en Zeldin, Theodore, *The Political System of Napoleon III*, New York: W.W. Norton, 1958.

Como consecuencia de ello, la derrota en las urnas fue un acontecimiento que brilló por su ausencia también en Europa. Aun en los pocos casos en los que el oficialismo perdió las elecciones, nunca se mostró dispuesto a ceder el poder. En Costa Rica, cuando el Presidente Braulio Carrillo perdió su reelección en 1837, derrocó al vencedor y sancionó una Constitución que lo erigió en presidente vitalicio; sin embargo, fue depuesto cinco años más tarde. En Honduras, en 1924, el presidente saliente Rafael López Gutiérrez se autoproclamó dictador, evitando así que el vencedor por mayoría relativa, Tiburcio Carías Andino, asumiera su mandato. Esto desencadenó una guerra civil, y Carías depuso a López. Sin embargo, en Europa abundan las historias similares: cuando el gobierno real de Montignac cayó en 1829, Carlos X disolvió la *Chambre* y designó a un primer ministro interino, quien advirtió en forma amenazante que, en caso de que la oposición resultara victoriosa en las urnas, el rey se vería obligado a gobernar por decreto:

“Por ende, depende de los votantes lograr una mayoría en la nueva *Chambre*, de modo tal que el rey no se vea obligado a [...] tomar medidas drásticas...”³⁰

En la elección siguiente, la oposición ganó 274 escaños y el oficialismo 145. El rey decidió gobernar por decreto, disolvió nuevamente la *Chambre* y llamó a nuevas elecciones. Una revolución lo destronó. Carlos X no estaba solo. En Bulgaria, los liberales ganaron por primera vez una elección en 1879, pero el Príncipe Alejandro disolvió la Asamblea en 1880. Los liberales ganaron una segunda elección en 1880. En 1881, Alejandro suspendió la vigencia de la Constitución; empero, se vio forzado a abdicar el trono cinco años más tarde. Aun menos afortunado fue el rey Carlos de Portugal: en 1907 impuso a su Primer Ministro oponiéndose a la mayoría parlamentaria, pero en 1908 fue asesinado y en 1910 la monarquía fue abolida.

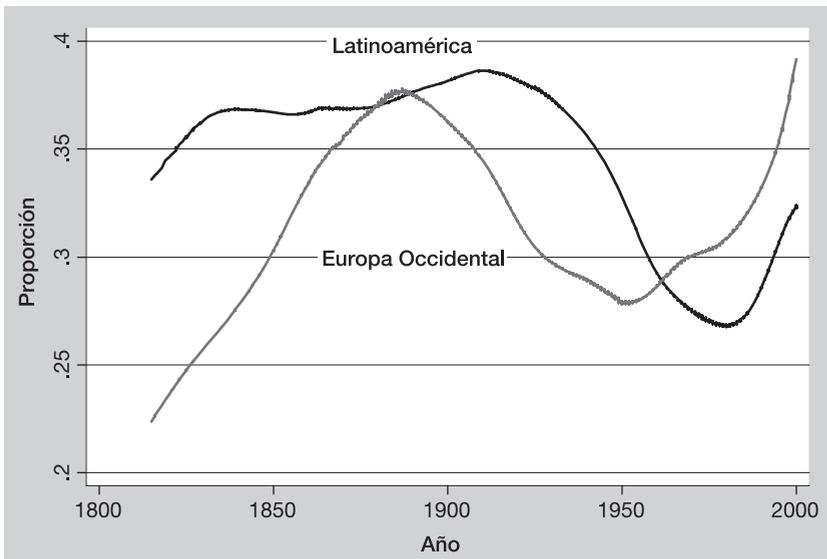
No obstante, cabe destacar que no todos los gobernantes que se negaron a aceptar los resultados de una elección fueron depuestos: quienes gobernaban Ecuador en 1867 y 1869, Costa Rica en 1906, Bolivia en 1925, Perú en 1855 y 1933, Honduras en 1954 y Panamá en 1990 anularon los resultados de elecciones en las cuales ellos mismos o sus sucesores designados a dedo habían sido derrotados, y sus gobiernos subsistieron, por lo menos por un mandato. En Europa, también era frecuente que se requirieran varias derrotas en las urnas hasta que la composición parlamentaria reflejara las preferencias electorales de la mayoría. En 1834, el rey de Inglaterra designó un primer ministro *tory* a pesar de la derrota electoral, y fue solo después del nuevo triunfo de la oposición que se vio obligado a aceptar el gobierno de Melbourne y el propio principio de responsabilidad parlamentaria. En Bélgica, los liberales debieron ganar dos veces para poder asumir el gobierno en 1847; en Dinamarca, gobiernos minoritarios de derecha permanecieron en el poder a pesar de las repetidas derrotas electorales que sufrieron entre 1872 y 1901; en Holanda se dio el mismo escenario entre 1856 y 1871. En los Estados Unidos, el primer caso de alternancia en el

30. Antes de las elecciones de 1866, el gobierno holandés indujo al rey a emitir una proclama que urgía a los votantes a elegir representantes que estuvieran de acuerdo con la administración. Dicha proclama fue enviada junto con las listas de candidatos a los votantes. Block, 1970, pp. 482. El resultado fue la derrota de los liberales por un escaso margen.

poder se dio luego de las elecciones de 1800; asimismo, se produjeron casos aislados en 1837³¹ y 1849 en Colombia, en 1847 en Nicaragua (por acuerdo partidario), en 1852 en Honduras, en 1853 en República Dominicana y en 1868 en Argentina. La alternancia recién se repetiría algún tiempo después: en los Estados Unidos en 1829, en Colombia en 1930, en Nicaragua en 1990, en Honduras en 1928, en República Dominicana en 1978 y en Argentina en 1916 (y luego recién en 1989). El principio según el cual el gobierno debía abstenerse de manipular las elecciones en forma excesiva, no recurrir masivamente al uso del fraude y dejar el poder en caso de derrota fue aceptado en el Reino Unido recién en 1834, en Estados Unidos en la década de 1830³², en Bélgica luego de 1847, pero también en Chile luego de 1871.

Dado que los ejemplos abundan, necesitamos información más sistemática. Si consideramos el momento en que sucedieron los hechos, teniendo en cuenta que el último país latinoamericano en alcanzar su independencia lo hizo en 1825, podemos observar, en la Figura 1 a continuación, que las elecciones fueron más frecuentes en Latinoamérica por un largo período de tiempo.

Figura 1 | Proporción de países que celebraron actos eleccionarios, por año.



Alisado mediante Lowess. Se incluyen elecciones legislativas y presidenciales, pero solo una por año.
Fuente: Datos propios.

31. Bushnell describe los sucesos del siguiente modo: “La elección... en 1837 se destaca en el contexto más amplio de Latinoamérica en el siglo diecinueve por el mero hecho de que el candidato favorecido por la administración saliente fue derrotado y su derrota fue aceptada pacíficamente.” El candidato elegido por Santander fue José María Obando. Santander creía que Nueva Granada no estaba preparada aún para un jefe civil del ejecutivo y, por esta razón, se opuso a quien finalmente resultó ganador, el Dr. José Ignacio de Márquez. Este último recibió el abrumador apoyo de la facción bolivariana y, luego de obtener la mayoría de los votos de los electores, el Congreso confirmó su victoria. “Santander entregó entonces el mandato a alguien a quien él se había opuesto, procurando hacer hincapié, en una proclama, que de esta forma había respetado la voluntad del pueblo y la ley del país.” El presidente electo completó su mandato. Bushnell, David, *The Making of Modern Colombia*, Berkeley: University of California Press, 1993, p. 90.

La Figura 2 muestra una cronología de diferentes reglas de acceso al voto. Nótese en particular que, mientras que el sufragio masculino universal (categoría 7) se dio aproximadamente al mismo tiempo en Europa Occidental y en Latinoamérica, este último continente otorgó el sufragio antes a los varones “independientes” (categoría 6)³³. La categoría operativa mediante la cual se habilitaba para el sufragio en la América hispana era la de “vecino”, alguien que tenía una fuente regular de ingreso, residía en forma permanente en la comunidad y no dependía de otros³⁴. Como lo pone de manifiesto Sábato en varios de sus ensayos³⁵, se trataba de un concepto sociológico y no legal: un “vecino” era alguien con una posición en la comunidad. Las primeras constituciones intentaron definir el concepto con frases como: “Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero” (Perú en 1823), o como: “ejercer alguna profesión útil o tener medios conocidos de subsistencia” (Costa Rica en 1824)³⁶. Sin embargo, dado que la posibilidad de acceder al voto era definida por las autoridades locales, la utilización de estos criterios era informal y permisiva. Como relata Canedo³⁷, si Pedro tenía reputación de buena persona ante los miembros de la mesa electoral, entonces era un “vecino”. La nacionalización de la ciudadanía en estos países³⁸ transformó este concepto de tipo social en uno de tipo legal, y se reemplazaron dichos criterios inciertos por otros más específicos basados en umbrales determinados de ingreso o de impuestos, a los que a veces se sumaban requisitos de alfabetismo, que resultaban más restrictivos. Así, de los 18 países que en un principio otorgaban el derecho al voto a todos los varones “independientes”, el derecho al sufragio se vio luego restringido en 15 de ellos.

32. Hofstadter, Richard, *The Idea of the Party System: The Rise of Legitimate Opposition in the United States, 1780-1840*, Berkeley: University of California Press, 1969.

33. Según Sábato, “Lejos de producirse un proceso gradual..., en buena parte de Iberoamérica la independencia introdujo un concepto relativamente amplio de ciudadano...”, Sábato, Hilda, “Introducción”, en Hilda Sábato (ed.), *Ciudadanía política y formación de las naciones: Perspectivas históricas de América Latina*, México, Colegio de México, 2003, p. 8.

34. El término equivalente en la historia estadounidense era “inhabitant”, definido en Nueva Jersey en 1766 como “propietario, inquilino por años, jefe de familia en la ciudad o distrito electoral”, Klinghofer, Judith Apter y Elkins, Lois, “The Petticoat Electors: Women’s Suffrage in New Jersey, 1776-1807”, *Journal of the Early Republic*, 12, 1992, p. 190n.

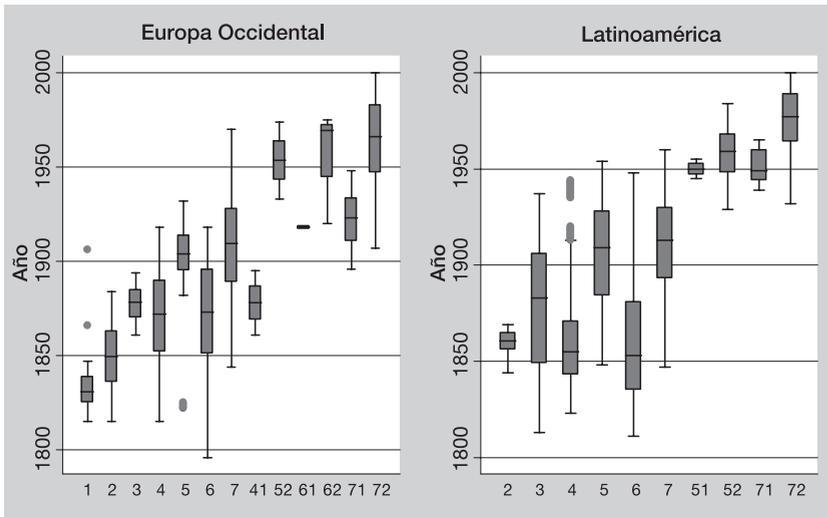
35. Sábato, *op. cit.*

36. Referencia original: “Son ciudadanos todos los habitantes de la República naturales del país, o naturalizados en él, que fueren casados, o mayores de diez y ocho años, siempre que ejerzan alguna profesión útil o tengan medios conocidos de subsistencia” (Costa Rica).

37. Canedo, Leticia Bicalho, “Les listes électorales et le processus de nationalisation de la citoyenneté au Brésil (1822-1945)”, en Romanelli, Raffaele (ed.), *How Did They Become Voters? The History of Franchise in Modern European Representation*, The Hague: Kluwer, 1998, pp. 188-9.

38. Véase Annino, Antonio, “Introducción”, en Annino, Antonio (ed.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica: Siglo XIX, op. cit.*, y Annino, Antonio, “Vote et décalage de la citoyenneté dans les pays andins et meso-américains”, en Romanelli, R. (ed.), *How Did They Become Voters? The History of Franchise in Modern European Representation*, The Hague: Kluwer, 1998.

Figura 2 | Años de vigencia de determinadas reglas de acceso al voto



Categorías de reglas de acceso al voto:

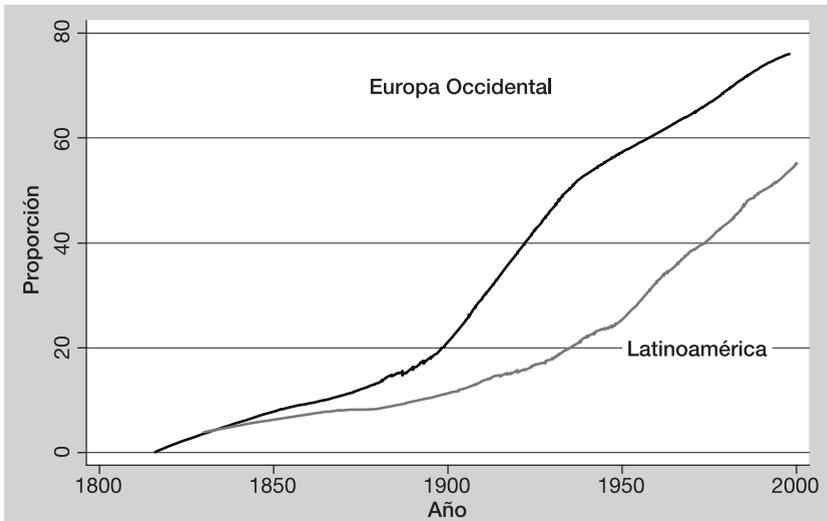
Para los hombres: 1. representación estamental [estate]; 2. solo bienes; 3. ingreso y alfabetismo; 4. ingreso o alfabetismo; 5. Alfabetismo; 6. Independencia; 7. universal.

Las cifras para las mujeres se reflejan en el segundo dígito: 1. en proporción menor; 2. en la misma proporción
Fuente: Datos propios.

Nota: Los parámetros para la interpretación de esta figura son los siguientes: (1) La línea horizontal indica la mediana anual, (2) El área de la tabla de la derecha contiene un 75% de las observaciones, (3) Las líneas que finalizan con líneas horizontales contienen un 95% de observaciones, (4) los puntos aislados son valores atípicos.

La aplicación de estas reglas en el marco de los contextos económico y educacional existentes tuvo como consecuencia la proporción de la población con acceso al voto que se muestra en la Figura 3. Aunque en Europa la proporción de personas habilitadas para votar puede parecer mayor, este resultado se debe a que la serie europea incluye a todo aquel que estaba en condiciones de votar —conforme los criterios vigentes de acceso al voto—, mientras que la serie latinoamericana combina las cifras de votantes habilitados y las de votantes registrados, y esta diferencia genera un sesgo³⁹. La corrección de este sesgo generaría series prácticamente idénticas.

39. Véase Przeworski, Adam, “Constraints and Choices: A History of Electoral Participation”, en *Comparative Political Studies*, 42, 2009.

Figura 3 | Proporción anual de la población con derecho al voto.

Alisado mediante Lowess. Sin ponderar por el tamaño del país.

Fuente: Datos propios.

Cabe destacar, respecto de la cronología presentada, que en Latinoamérica (en comparación con Europa Occidental), las elecciones fueron más frecuentes y las reglas de sufragio incluyeron a los hombres pobres desde épocas más tempranas, mientras que la proporción de la población que podía votar era prácticamente igual.

Realizar comparaciones en cuanto al nivel de desarrollo es difícil, dado que, con respecto a Latinoamérica, se cuenta con datos sobre el ingreso⁴⁰ recién a partir de 1870. Lo que sí sabemos es que, ya para el año 1820, los países latinoamericanos eran más pobres que los de Europa Occidental y, por ende, sabemos que existían más elecciones a niveles de ingreso más bajos.

Cuadro 1 | Ingreso per cápita 1700-2000

	1820	1870	1930	2000
Brasil	646	713	1.048	5.556
México	759	674	1.618	7.218
AL^a	701	756	1.873	5.844
EE.UU.	1.257	2.445	6.123	28.129
Europa Occ.^b	1.196	1.849	3.974	16.823

Nota: a. Promedios ponderados de la población de los países respecto de los cuales se cuenta con datos disponibles: 17 países en 1820 (sin incluir Cuba ni República Dominicana); Brasil, México, Argentina, Uruguay y Venezuela en 1870; 13 países en 1930; 18 países en 2000. **b.** Promedio no ponderado de 12 países en 1820, 14 en 1870, 15 en 1930 y 19 en 2000.

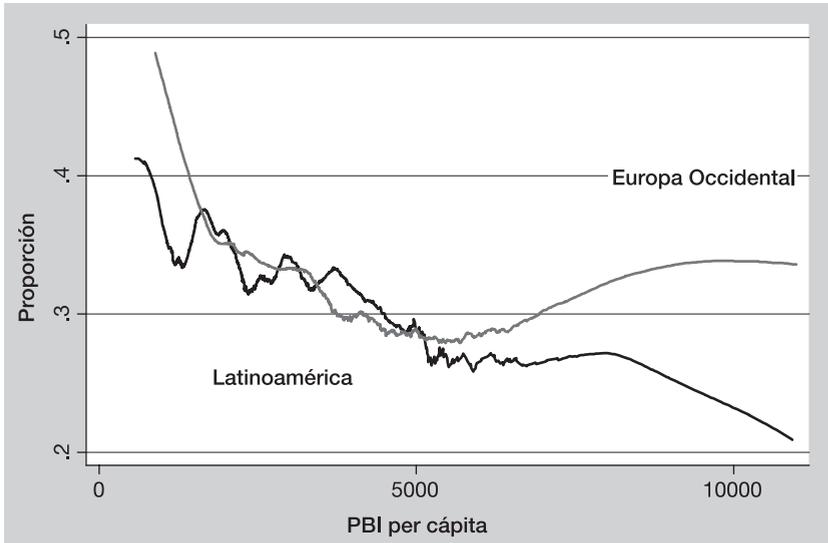
Fuente: Base de datos de Maddison (2003).⁴¹

40. Maddison, Angus, *The World Economy: Historical Statistics*, Paris: OECD, 2003.

41. Maddison, *op. cit.*

Los datos posteriores a 1870 muestran que la frecuencia de las elecciones en ambos continentes era casi idéntica, al menos hasta que los países latinoamericanos alcanzaron un ingreso de aproximadamente US\$ 5000⁴².

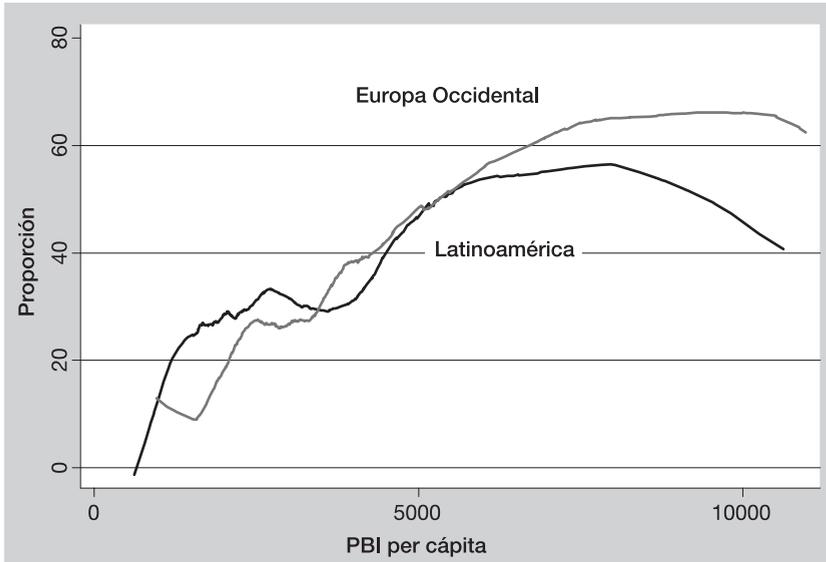
Figura 4 | Proporción de países con actos eleccionarios en función del PBI.



Alisado mediante Lowess. Se incluyen elecciones legislativas y presidenciales, pero solo una por año. Únicamente a partir de 1869 por falta de información y solo en el mismo rango de ingreso. Fuente: Datos propios y Maddison (2003).

La proporción de personas con acceso al voto fue mayor en Latinoamérica hasta un ingreso aproximado de US\$ 6000 (conviene recordar que la serie latinoamericana está sesgada hacia abajo).

42. Dólares de 1996 de acuerdo a las PPA-GK según Maddison (2003). Para tener una idea del valor de US\$ 5000, éste era el ingreso de Costa Rica en 1979 y 1992, México en 1974, Argentina en 1949, Chile en 1966 y 1982, Colombia en 1993, y Uruguay en 1951 y 1973.

Figura 5 | Proporción de la población con derecho al voto, conforme al ingreso *per cápita*.

Alisado mediante Lowess. Únicamente a partir de 1869 por falta de información y solo en el mismo rango de ingreso.

Fuente: Datos propios y Maddison (2003).

En promedio, entonces, los países latinoamericanos celebraron más elecciones, con un electorado más amplio, a niveles de ingreso menores.

3. Mecanismo

Para simplificar aspectos diferentes del desarrollo político, podemos pensar en términos de dos tipos de regímenes políticos. En el primero de ellos, existe alguna clase de pluralismo institucionalizado: hay elecciones para elegir al funcionario a quien la Constitución encomienda la jefatura del Ejecutivo, existe una legislatura y se tolera la oposición política al gobierno de turno. En el segundo de ellos, el poder se ejerce por la fuerza: o bien el jefe del Ejecutivo no es electo, o gobierna sin una legislatura, o bien no se tolera la oposición al gobierno. El primer régimen constituye una “poliarquía”, aunque Dahl⁴³ utiliza esta denominación en un sentido bastante más amplio. Quizá el mejor término sería el de “gobierno constitucional”, pero es un término que no se comprende muy bien por fuera de la tradición legal latinoamericana⁴⁴. Se trata de un sistema en el cual las oligarquías

43. Dahl, Robert A., *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven: Yale University Press, 1971.

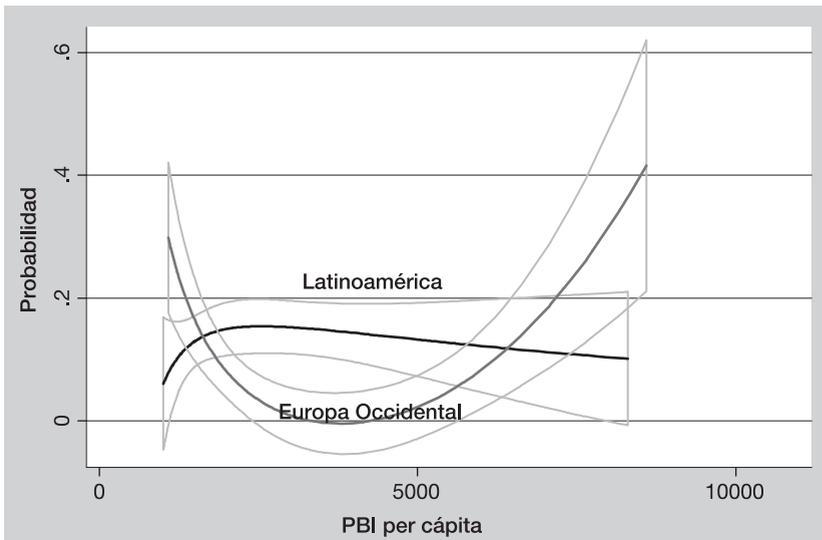
44. El término “república oligárquica”, utilizado frecuentemente en la historiografía latinoamericana, no resulta útil aquí porque necesitamos incluir también las monarquías de Europa Occidental. Nótese que, en estas últimas, el primer ministro (o su equivalente) es considerado como el jefe del Ejecutivo, aun si la constitución específica que dicho poder recae sobre el rey.

pluralistas intentan resolver sus conflictos mediante el uso de reglas, más concretamente, elecciones y control legislativo sobre el presupuesto. El segundo tipo de regímenes puede ser denominado “autocracia” sin generar demasiada controversia.

Como seguiré denominando al primer sistema “democracia”, puede resultar útil reflexionar sobre aquellos aspectos en los que podría no ser una democracia en los términos en que hoy la entendemos. Un criterio que este sistema puede no satisfacer es el de sufragio universal, algo sobre lo que Dahl⁴⁵ hace hincapié. El segundo aspecto que puede estar ausente es la posibilidad de alternancia partidaria en el poder: hemos visto que, durante la mayor parte del siglo XIX, era prácticamente imposible que los candidatos oficialistas no salieran ganadores en las elecciones. Sin embargo, debe notarse que, tal como han sido definidos, estos regímenes comprenden a los sistemas en los cuales los derechos políticos son universales y las elecciones competitivas.

Cualquiera sea la manera en que uno defina estos regímenes, lo cierto es que Latinoamérica intentó instituir sistemas constitucionales con elecciones y al menos cierta tolerancia hacia grupos opositores a niveles de ingreso más bajos que los de Europa Occidental. La Figura 6 muestra la probabilidad de que un país intente instaurar un sistema de este tipo en función de ciertos niveles de ingreso *per cápita*. (La diferencia entre ambas regiones en términos de dichas probabilidades es estadísticamente significativa al nivel de 0,1 para todos los casos en los que las áreas sombreadas alrededor de cada regresión local no se superponen).

Figura 6 | Probabilidad de transición a la democracia en función del ingreso *per cápita*

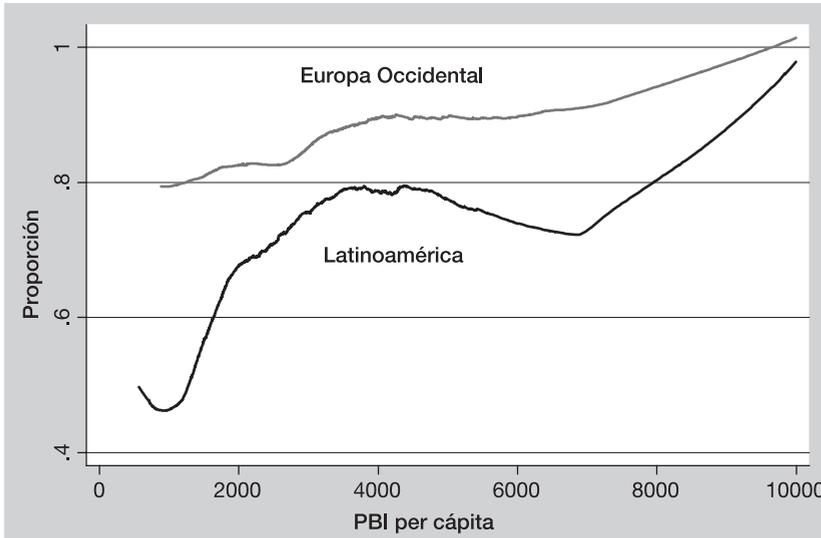


Pffit. Las áreas sombreadas corresponden a intervalos de confianza de 95%. Únicamente a partir de 1869 por falta de información y solo en el mismo rango de ingreso. Fuente: Datos propios y Maddison (2003).

45. Dahl, op. cit.

Sin embargo, y aquí está el enigma, la democracia era menos frecuente en Latinoamérica a cualquier nivel de ingreso.

Figura 7 | Proporción de regímenes democráticos en relación con otros regímenes, en función del ingreso *per cápita*.



Fpfit. Las áreas sombreadas corresponden a intervalos de confianza de 95%.

Únicamente a partir de 1869 por falta de información y solo en el mismo rango de ingreso.

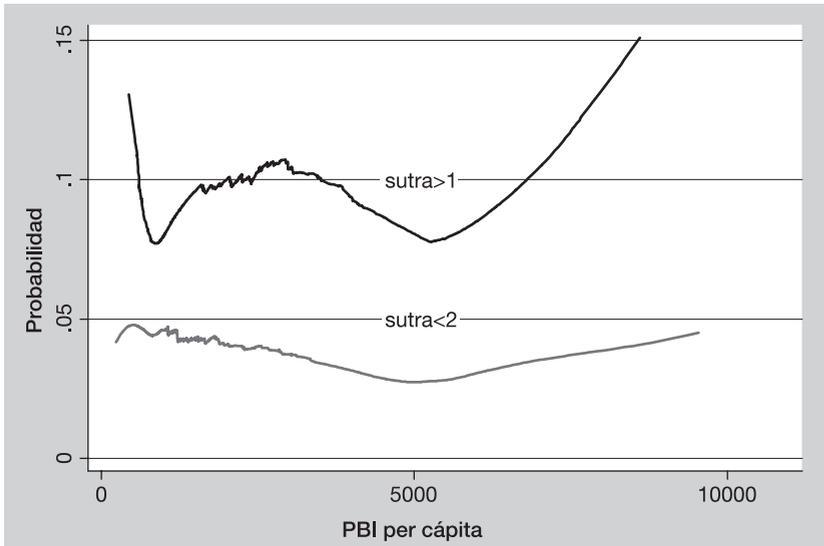
Fuente: Datos propios y Maddison (2003).

Ahora bien, ¿cómo es posible que los países latinoamericanos hayan intentado crear regímenes democráticos a niveles más bajos de ingresos, pero que el número de tales regímenes fuera finalmente menor en todos los niveles? Para explicar la diferencia entre Latinoamérica y Europa Occidental debemos introducir dos hechos generales: (1) la probabilidad de que una democracia sobreviva una vez que fue establecida aumenta sensiblemente según el nivel de ingreso *per cápita*, y se torna una certeza cuando los ingresos son lo suficientemente elevados; y (2) tanto la democracia como la autocracia tienen menos posibilidades de sobrevivir cuando el país ya ha experimentado transiciones hacia la autocracia o, lo que es lo mismo, ya ha tenido períodos de democracia⁴⁶.

A continuación se presenta evidencia de estas tendencias. La Figura 8 muestra que el factor determinante en las transiciones hacia la democracia es la cantidad de experiencias democráticas anteriores (o *sutra* [*stra en el original*], una regla mnemotécnica que significa “suma de transiciones a la autocracia”), y no así el ingreso.

46. Piénsese del siguiente modo: en algún momento del pasado lo suficientemente lejano, todos los países tuvieron regímenes autocráticos. Algunos de ellos intentaron instituir la democracia. Si lo hicieron y fracasaron en el intento, tanto la autocracia subsiguiente como cualquier democracia futura son menos durables.

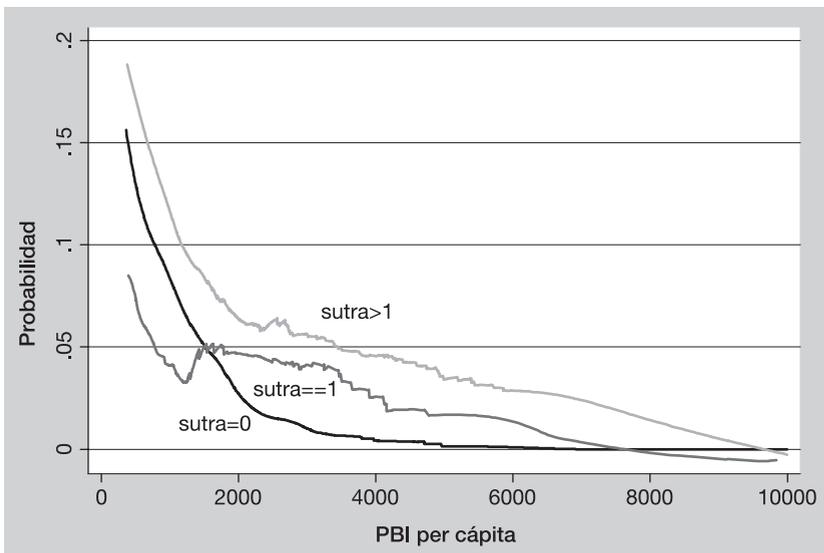
Figura 8 | Probabilidad de transición a la democracia en función del PBI p/cáp. y de períodos anteriores de democracia



Alisado mediante Lowess. Únicamente a partir de 1869 por falta de información y solo en el mismo rango de ingreso.

Fuente: Datos propios y Maddison (2003).

Figura 9 | Probabilidad de transición a la autocracia en función del PBI p/cáp. y de períodos anteriores de democracia



Alisado mediante Lowess. Únicamente a partir de 1869 por falta de información y solo en el mismo rango de ingreso.

Fuente: Datos propios y Maddison (2003).

La Figura 9 muestra, a su vez, que las transiciones hacia la autocracia se vuelven significativamente más improbables a medida que aumenta el ingreso pero que, por debajo de cierto nivel de ingreso, son más probables si un país ha tenido experiencias democráticas anteriores.

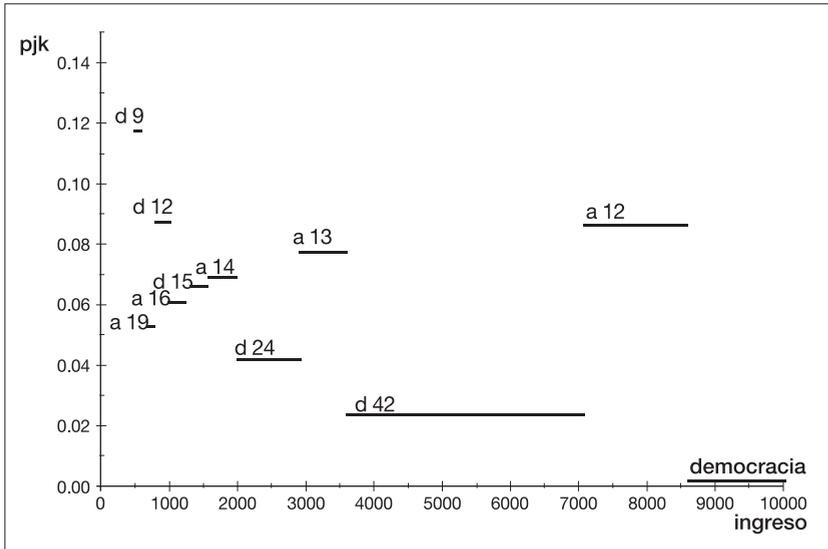
Ahora bien, para entender mejor esta lógica, tomemos el ejemplo de un país que ingresa en la democracia con un bajo nivel de ingreso. A este nivel, la probabilidad de que la democracia fracase es considerablemente elevada. Supongamos que, en efecto, esta democracia fracasa. La posibilidad de que la autocracia subsiguiente sobreviva es menor, y así, la probabilidad de que dicho país incursione nuevamente en la vía democrática es mayor, pero, al mismo tiempo, la probabilidad de que ese segundo intento sea exitoso es menor. Esta secuencia puede repetirse varias veces, y si el ingreso *per cápita* se mantuviera constante, ambos regímenes se volverían cada vez más inestables. Sin embargo, el ingreso influye: si, entretanto, la economía crece, la probabilidad de fracaso de la democracia disminuye, independientemente de la inestabilidad que hubiese tenido el régimen en el pasado. Si la tendencia continúa, el ingreso alcanza un umbral por encima del cual la democracia se vuelve invulnerable, por lo que, una vez instalada, dura para siempre.

Los grandes rasgos de la historia de un país de este tipo serían los siguientes: el país ingresa por primera vez en un período democrático con un nivel de ingreso *per cápita* de US\$ 500. Supongamos que el ingreso *per cápita* aumenta durante dicho período a una tasa anual del 1,63 (el promedio obtenido de todos los casos observados)⁴⁷. La probabilidad de que esta democracia caiga en el primer año es $p_{da} = 0,1171$, y su expectativa de vida es de aproximadamente 9 años, momento en el cual el país se convierte en una autocracia con un ingreso de US\$ 578. Dado que este país ya cuenta con una experiencia democrática anterior, la probabilidad de que esta autocracia caiga en el transcurso del primer año es de $p_{ad} = 0,0530$, y su expectativa de vida es de aproximadamente 19 años. El país entra nuevamente en un período democrático a un nivel de ingreso de US\$ 786, pero cuenta con una experiencia democrática anterior. La probabilidad de que esta democracia caiga es ahora de $p_{da} = 0,0867 < 0,1171$, lo que significa que el aumento del ingreso tiene un mayor impacto que la experiencia democrática anterior. La expectativa de vida de esta democracia es de 12 años, luego de lo cual el país reingresa en un régimen autocrático con un ingreso de US\$ 954 y dos experiencias democráticas anteriores. Como el nivel de ingreso no afecta la probabilidad de fracaso de la autocracia pero las experiencias democráticas anteriores sí lo hacen, $p_{ad} = 0,0605 > 0,0530$, la expectativa de duración de esta autocracia es de 16 años. La Figura 12 muestra las probabilidades de transición (para los años en los que el país ingresa en un régimen en particular) y la expectativa de duración de cada régimen a medida que aumenta el ingreso. La duración de los períodos democráticos se prolonga cada vez más, y la de los períodos autocráticos se acorta, hasta

47. La dinámica sería más compleja si los regímenes tuvieran un impacto en las tasas de crecimiento. Más concretamente, si las autocracias pobres causaran un descenso del ingreso, se produciría una trampa de equilibrio a bajo nivel [a low level trap] de inestabilidad creciente en ambos regímenes y un bajo ingreso oscilante. Sin embargo, ni las investigaciones anteriores ni la exploración de estos datos sustenta la afirmación de que existe una diferencia sistemática entre regímenes.

que el país comienza un régimen democrático a un nivel de ingreso en el cual es seguro que sobrevivirá. Cabe destacar que este país habrá experimentado 11 períodos con regímenes distintos, incluyendo una autocracia a un nivel de ingreso relativamente alto (como el que poseían Argentina y Uruguay en 1976).

Figura 10 | La historia estilizada de un país



Nota: En esta figura, p_{jk} representa la probabilidad de que un país democrático adopte la autocracia (p_{da}), y la probabilidad de que un país autocrático adopte la democracia (p_{ad}). La letra d indica que el país es de régimen democrático y la letra a que es de régimen autocrático. La cifra junto a la letra muestra la expectativa de duración de los regímenes en cuestión, que resulta inversamente proporcional a la probabilidad de transición, y se calcula en función del ingreso *per cápita* y de la cantidad de experiencias democráticas anteriores. Este ejemplo fue ajustado utilizando la información estadística que se presenta en el Anexo.

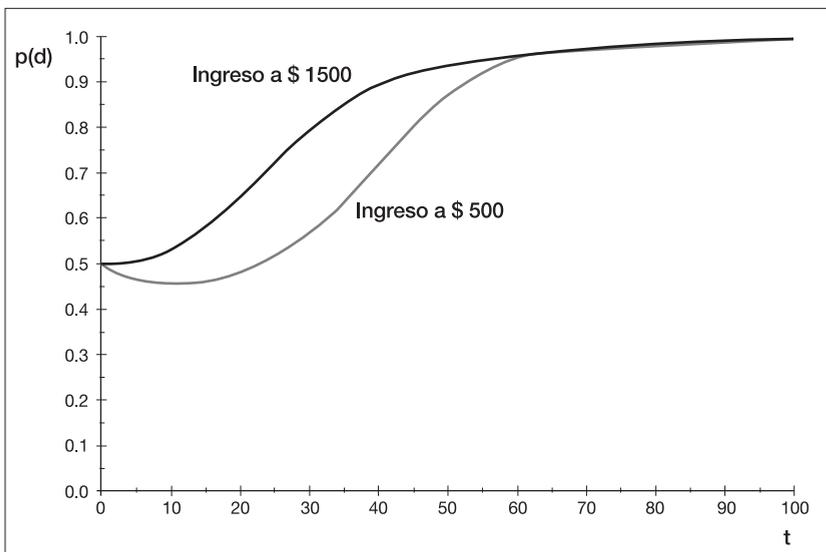
En contraste, tomemos un país que ingresa por primera vez en un período democrático a un nivel de ingreso de US\$ 2000. Esta democracia tiene una expectativa de vida de 38 años, luego de lo cual el país adopta un régimen autocrático con un ingreso de US\$ 3697. Tras un período de 21 años de autocracia, el país vuelve a entrar en un período democrático con un ingreso de US\$ 5.192, cuando $p_{da} = 0,0088$ y la expectativa de duración es de 114 años. A menos que se den circunstancias muy improbables en los primeros años de esta democracia, el régimen durará para siempre.

Conviene mencionar que las razones por las cuales los períodos autocráticos se vuelven cada vez más cortos y las que explican que los períodos democráticos sean cada vez más largos a niveles de ingreso más altos son distintas. Los primeros se vuelven cada vez más cortos debido, casi exclusivamente, a que los países que tienen mayores niveles de ingreso han acumulado una mayor cantidad de experiencias democráticas, y dichas experiencias

anteriores son las que desestabilizan las autocracias subsiguientes⁴⁸. En cambio, los períodos democráticos son más largos por la única razón de que la democracia es más duradera a niveles de ingreso mayores. Si bien las experiencias democráticas anteriores desestabilizan efectivamente los regímenes democráticos subsiguientes, su efecto es mínimo, mientras que el efecto del ingreso es muy fuerte.

Para poder ver este mecanismo en su conjunto, supongamos que, en una región, la mitad de los países ingresan por primera vez en un régimen democrático con un ingreso *per cápita* de US\$ 500, mientras que, en otra región, la mitad de los países lo hacen con un ingreso de US\$ 1500. La Figura 11 muestra la proporción de democracias en estas dos regiones a través del tiempo.

Figura 11 | Probabilidad de subsistencia de la democracia según la cantidad de años transcurridos desde la primera instauración de este régimen y el nivel de ingresos en ese momento



Nota: $p(d)$ representa la proporción de países democráticos en cada momento (se parte de la base que el ingreso aumenta a una tasa constante y que la cantidad de experiencias democráticas anteriores se mantiene en un valor promedio).

Por ende, el enigma queda descifrado. Los países que experimentan con la democracia cuando se encuentran por debajo de un cierto nivel de ingreso, tienen pocas probabilidades

48. Dado que un mayor nivel de ingreso puede encubrir experiencias democráticas anteriores, varios investigadores atribuyen equivocadamente al ingreso la menor duración de las autocracias en los países más ricos. Véase, por ejemplo, Boix, Carles, y Susan Stokes, "Endogenous Democratization", *World Politics*, 55, 2003.

de mantenerla. De esta manera, se convierten en autocracias, mientras que otros países que adoptan la democracia a un nivel mayor de ingreso continúan como democracias. Las experiencias democráticas anteriores desestabilizan a ambos regímenes. Sin embargo, a pesar de que los países que experimentan la democracia cuando son más pobres sufren una mayor inestabilidad en sus regímenes, a medida que sus niveles de ingreso aumentan, también aumenta la duración de cada régimen democrático subsiguiente. Finalmente, cuando el ingreso se vuelve lo suficientemente alto, todos los países llegan a una situación en la cual la democracia durará para siempre, independientemente de sus niveles de ingreso iniciales.

Como estas intuiciones distan de ser obvias, el desarrollo formal de este argumento se presenta en el Anexo.

4. Explicaciones

La dinámica de los regímenes se encuentra regida por dos mecanismos: la probabilidad de que la democracia caiga disminuye en función del nivel de ingreso *per cápita*, y las experiencias democráticas anteriores desestabilizan ambos regímenes, pero especialmente a las autocracias.

Una explicación posible de que la estabilidad democrática dependa de los niveles de ingreso es la siguiente. Representémonos la democracia y, más específicamente, las elecciones, como un método para dirimir conflictos conforme a ciertas reglas. Los grupos políticamente relevantes, aquéllos que cuentan con cierta capacidad de movilización de la fuerza, tienen dos opciones: o bien obedecen los resultados derivados de la aplicación de las reglas (más específicamente, el resultado de una elección) o bien se rebelan, con el riesgo de ser derrotados por la fuerza. Ahora bien, supongamos que, cuando las personas gozan de un ingreso mayor, les importa menos la ganancia que pueden obtener mediante el uso de la fuerza⁴⁹, mientras que sí les importa, en igual medida que a las personas más pobres, evitar la violencia. Esto es suficiente para llegar a la conclusión de que, por encima de un cierto nivel de ingreso, que varía quizá según cada sociedad, la ganancia potencial de rebelarse contra los resultados derivados de las reglas es menos valorada que el riesgo de la violencia. Cuando esto es cierto para todos los grupos políticamente relevantes, la democracia sobrevive.

Esta explicación es claramente esquemática e incompleta, pero puede ser desarrollada de diversas formas. Asimismo, más allá de los detalles específicos que se le puedan agregar, la intuición primaria sobrevive⁵⁰. Esta es también la razón por la cual los resultados a

49. En teoría, la función de utilidad es cóncava al representar cualquiera de los argumentos que pueden ser afectados por la acción de rebelarse.

50. Véase Przeworski, Adam, "Democracy as an Equilibrium", *Public Choice*, 123, 2005; Benhabib, Jess y Adam Przeworski, "The Political Economy of Redistribution under Democracy", *Economic Theory*, 29, 2006; Przeworski, Adam, "Self-enforcing Democracy", en Donald Wittman y Barry Weingast (eds.), *Oxford Handbook of Political Economy*, New York: Oxford University Press, 2006.

los que hemos arribado no resultan sensibles a las distintas definiciones de democracia. En la medida en que se admite la posibilidad de la existencia de conflictos de intereses o valores al permitir la existencia, por mínima que sea, de una oposición, los conflictos deben ser procesados conforme a ciertas reglas, por más sesgadas que puedan estar a favor de los intereses del gobierno. Mientras existan reglas, las fuerzas políticas –tanto las que actualmente detentan el poder como las que no– deben decidir, una y otra vez, si aceptan o no los resultados generados por la aplicación de dichas reglas. De hecho, he reproducido algunos de los análisis previos codificando como democráticos solo aquellos regímenes en los cuales el jefe del Ejecutivo tomó y abandonó el poder conforme a normas constitucionales previamente establecidas y, en términos aun más estrictos, solo aquéllos regímenes en los cuales el oficialismo fue derrotado en las urnas y se retiró del gobierno en forma pacífica. Todos los patrones que han sido descritos aquí se sostienen sobre estas definiciones, cada vez más estrictas, del concepto de democracia.

Encuentro más enigmática la cuestión de por qué ambos regímenes duran menos cuando existen intentos democráticos anteriores fallidos. En lo que respecta a las autocracias, uno podría invocar las “tradiciones democráticas”; es decir, uno podría sostener que si un país ha tenido una experiencia democrática (o varias), es más probable que la busque nuevamente. Esta línea de pensamiento fue seguida por varios estudios sobre transición a la democracia: se sostuvo que Chile, con su larga tradición democrática, estaba mejor predispuesto a la restauración de ese régimen que, por ejemplo, Argentina. Sin embargo, el hecho de que las democracias que surgen luego de intentos democráticos anteriores sean también menos duraderas –aun cuando el efecto sea menor en términos numéricos y se vea, finalmente, superado por el del ingreso– pone la primera explicación en tela de juicio. Si existe algún tipo de aprendizaje político, éste debiera funcionar en ambos sentidos: durante la autocracia, la gente recuerda la democracia, pero durante la democracia, la gente sabe por experiencia que la misma puede ser derrocada y de qué forma⁵¹.

Una explicación más plausible tiene que ver con el rol de las fuerzas militares. Para evaluar este rol, debemos desviarnos un poco de nuestro objetivo principal. Una hipótesis contraria a la mecánica aquí propuesta sostiene que la inestabilidad propia de los regímenes en Latinoamérica se debe al hecho de que las democracias latinoamericanas eran de tipo presidencial, y que el presidencialismo debilita a la democracia. Sin embargo, Cheibub⁵² ha refutado esta explicación de manera decisiva, señalando que la diferencia entre la longevidad de las democracias parlamentarias y presidencialistas desaparece cuando tomamos en cuenta el carácter civil o militar de la dictadura que ha precedido a la democracia. Finalmente, Cheibub concluye que “lo que liquida a la democracia no es el presidencialismo sino su legado militar”.⁵³ A su vez, utilizando una definición

51. Piénsese en cuán aficionados eran los golpistas rusos de agosto de 1991: no cortaron los teléfonos, no impusieron el toque de queda y ni siquiera prepararon una declaración del nuevo gobierno. Sus experimentados hermanos latinoamericanos se deben haber mofado de ellos.

52. Cheibub, José Antonio, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, New York: Cambridge University Press, 2007.

53. Op. cit., p. 140.

ligeramente más acotada del concepto de democracia, Przeworski⁵⁴ encontró que, en los países con más de una experiencia democrática anterior, todas las dictaduras habían sido militares. Finalmente, una extensa literatura sobre el tema demuestra que los militares frecuentemente toman el poder con una misión transicional de “restablecer el orden”, y regresan a los cuarteles luego de haber asesinado a un número suficiente de personas⁵⁵. Por este motivo, las experiencias democráticas anteriores pueden acortar la vida de los regímenes subsiguientes porque, por un lado, las democracias que surgen después de dictaduras militares duran menos, mientras que, por el otro, las dictaduras que surgen después de períodos enteros de democracia tienden a ser de carácter militar, y las dictaduras militares son de más corta duración.

Si bien desentrañar estos dos mecanismos constituye un aporte significativo, ello no resulta suficiente para explicar la diferencia entre la longevidad de la democracia en Europa Occidental y en Latinoamérica. No todo es mecánico. La erupción repentina de la inestabilidad política a mediados de la década de 1920, tanto en Europa como en Latinoamérica⁵⁶, fue asociada en la mayoría de los países con crisis económicas, pero las reducciones en el ingreso provocadas por éstas no fueron lo suficientemente fuertes como para afectar de manera significativa la probabilidad de que la democracia sobreviviera. Por ello, el colapso de tantas democracias contemporáneas en diferentes partes del mundo merece un análisis separado. Quizá, como sostuvo Weyland⁵⁷ respecto de la ola revolucionaria de 1848, la difusión jugó un papel independientemente de las condiciones locales. A su vez, mientras que en ambos continentes la democracia se volvió más frecuente luego de 1946, Grecia fue el único país en Europa Occidental en el cual colapsó con posterioridad, en tanto que en Latinoamérica ninguna de las democracias que existían en 1946 sobrevivió. Si bien la diferencia en los niveles de ingreso *per cápita* explica hasta cierto punto este contraste, los caminos distintos que tomaron las democracias en ambos continentes se deben en parte al resultado de la guerra. La Segunda Guerra Mundial tuvo como resultado la derrota de las fuerzas autoritarias en Europa Occidental, mientras que en Latinoamérica éstas permanecieron intactas. Esto llevó a su vez a que Estados Unidos, en

54. Adam Przeworski, “Economic Development and Transitions to Democracy”, trabajo en preparación, 2004, disponible en <http://politics.as.nyu.edu/object/AdamPrzeworski>.

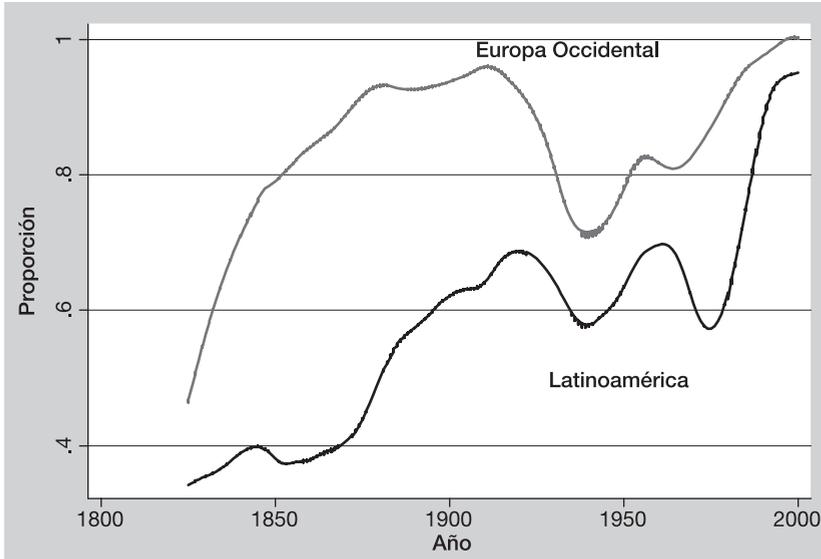
55. Finer, Samuel, *The Man on Horseback: The Role of the Military in Politics*, 2da ed., Harmondsworth: Penguin, 1976; Nordlinger, Eric, *Soldiers in Politics: Military Coups and Governments*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1977; Permlutter, Amos, *The Military and Politics in Modern Times: On Professionals, Pretorians, and Revolutionary Soldiers*, New Haven: Yale University Press, 1977.

56. Según Rouquie, “Entre febrero y diciembre de 1930, los militares se vieron involucrados en el derrocamiento de gobiernos en no menos de seis naciones latinoamericanas, con amplias diferencias entre ellas: Argentina, Brasil, República Dominicana, Bolivia, Perú y Guatemala. En el mismo año, también se produjeron cuatro intentos fallidos de tomar el poder por la fuerza en otros países latinoamericanos. En los años siguientes, Ecuador y El Salvador en 1931, y Chile en 1932, se unieron a la lista de países en los que tuvieron lugar cambios políticos provocados por los militares y recambios no programados del ejecutivo.” Rouquie Alain, “The Military in Latin American Politics since 1930”, en Leslie Bethell (ed.), *The Cambridge History of Latin America*, Vol. VI, Parte 2: 1930 to the Present. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 223.

57. Weyland, Kurt, “The Diffusion of Revolutions: 1848 in Europe and Latin America”, Working Paper, Department of Political Science, University of Texas at Austin, 2008.

su lucha contra el comunismo, debiera aliarse con fuerzas de centro en Europa, mientras que en Latinoamérica tuvo la posibilidad de apoyarse en la derecha, lo que así hizo⁵⁸.

Figura 12 | Proporción de regímenes democráticos en relación con otros regímenes políticos, por año



Alisado mediante Lowess. Fuente: Datos propios.

En síntesis, esta es la historia de la dinámica de los regímenes en Latinoamérica. Los países latinoamericanos emergieron como una consecuencia de las revoluciones en contra del gobierno colonial, mientras que los países europeos experimentaron una gradual transferencia del poder de los monarcas a los parlamentos. Un resultado de esto fue que los países latinoamericanos intentaron incorporar instituciones representativas a niveles de ingreso más bajos que sus pares europeos. Como estas instituciones son menos estables a niveles bajos de ingreso y las experiencias democráticas anteriores desestabilizan los regímenes políticos, las instituciones representativas se alternaron intermitentemente con las autocracias. Recién cuando el ingreso alcanzó un nivel suficientemente alto, las democracias lograron una mayor estabilidad en Latinoamérica. Sin embargo, estos patrones generales no cuentan la historia completa: el colapso generalizado de las democracias en ambos continentes en el período de entreguerras continúa siendo un enigma, mientras que la inestabilidad de las democracias en Latinoamérica luego de la Segunda Guerra Mundial se debió a la supervivencia de fuerzas autoritarias en dicho continente.

58. Cheibub, José Antonio, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, New York: Cambridge University Press, 2007.

5. Anexo

5.1 Análisis

Suponiendo que $j \in \{a, d\}$ indexa a los regímenes, $\Pr\{de\ que\ el\ país\ i\ tenga\ el\ régimen\ j\ en\ t\} = p_j(t)$, $\Pr\{de\ que\ el\ país\ i\ tuviera\ el\ régimen\ k\ en\ t + dt, \text{ dado el régimen } j\ en\ t\} = p_{jk}(t)$. El proceso de cambio de régimen puede entonces formularse de la siguiente manera⁵⁹:

$$\begin{aligned} \dot{p}_d(t) &= -p_{da}(t) p_d(t) + p_{ad}(t) p_a(t) \\ \dot{p}_a(t) &= p_{da}(t) p_d(t) - p_{ad}(t) p_a(t) \end{aligned}$$

Partiendo de la base de que $p_a = 1 - p_d$, la ecuación que rige la dinámica de las democracias puede reformularse de la siguiente manera:

$$\dot{p}_d(t) = -[p_{da}(t) + p_{ad}(t)] p_d(t) + p_{ad}(t) . \quad (1)$$

Por lo tanto, desde cualquier conjunto de condiciones iniciales, la función $p_d(t)$ converge con la función $p^*d(t)$, donde:

$$p^*d(t) = \frac{p_{ad}(t)}{p_{ad}(t) + p_{da}(t)} . \quad (2)$$

Ahora bien, consideremos el comportamiento de $p^*d(t)$ en función del ingreso *per capita*, $y(t)$, y de la cantidad de experiencias democráticas anteriores, $s(t)$ (las “experiencias anteriores” son períodos enteros de democracia, es decir, lapsos durante los cuales un país tuvo un régimen democrático que fue interrumpido en algún momento del pasado). Supongamos que $p_{da} = F(y, s)$, $p_{ad} = G(y, s)$, con $\partial F / \partial y < 0$, $\Delta F / \Delta s > 0$, $\lim_{y \rightarrow y^*(s)} F(y, s) = 0$, y $\Delta G / \Delta s > 0$. Estas suposiciones sostienen que la probabilidad de transición a la autocracia disminuye según el ingreso *per capita* y aumenta según la cantidad de experiencias democráticas anteriores, tendiendo a 0 a medida que el ingreso alcanza un valor umbral de $y^*(s)$ que depende de s . A su vez, la probabilidad de transición a la democracia aumenta según la cantidad de incursiones democráticas anteriores. Como esta cuestión es controversial, dejo indeterminado por el momento el signo de $\partial G / \partial y$, que representa el impacto del ingreso sobre la probabilidad de transición a la democracia.

Si reformulamos la ecuación (2) explícitamente en términos de y y s , obtenemos:

$$p^*d(y, s) = \frac{p_{ad}(s, y)}{p_{ad}(s, y) + p_{da}(s, y)} . \quad (3)$$

59. Los puntos representan derivadas de tiempo. Formular el proceso en términos continuos es más conveniente ya que permite evitar ciertas complicaciones artificiales que surgen cuando se trata al tiempo en forma discontinua. Sin embargo, cabe destacar que la serie de datos es anual.

Conviene destacar, en primer lugar, que a medida que y aumenta y p_{da} tiende a 0, p^*d tiende a 1 para todos los valores de $p_{ad}(s, y)$. A su vez, incluso si p_{ad} aumentara el ingreso, a menos que $p_{ad}(y)$ tienda a 0, la probabilidad de que un país sea democrático sería inferior a 1, aun en niveles muy elevados de ingreso, lo que entra en contradicción con el hecho observado de que todos los países ricos (no petroleros) tienen regímenes democráticos. Por este motivo, $\lim_{y \rightarrow y^*(s)} p_{da}(y, s) = 0$ es una condición necesaria para que $p^*d(y)$ tienda a ser cierto, y también suficiente: aunque p_{ad} sea independiente tanto de y como de s , $p^*d(y) \rightarrow 1$ siempre y cuando $p_{da}(y, s) \rightarrow 0$.

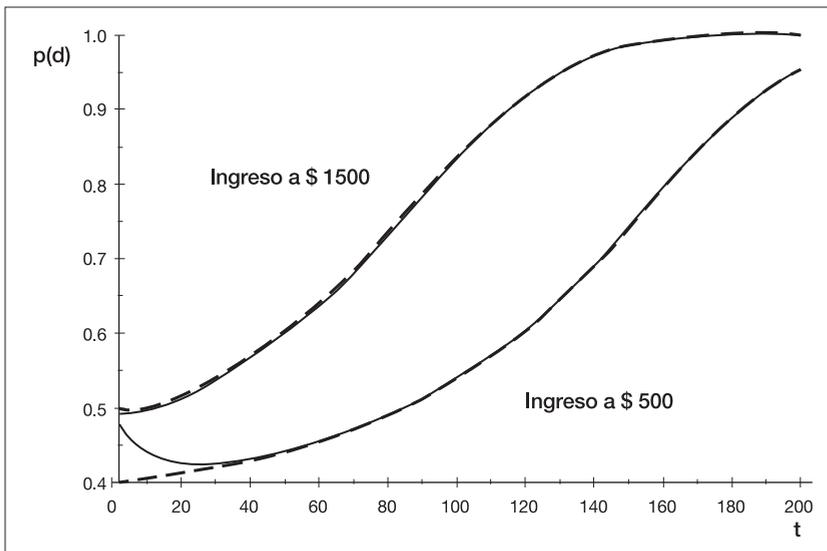
Para analizar la dinámica de este proceso, se puede sustituir $p^*d(t)$ en la ecuación (1):

$$\dot{p}_d(t) = [p_{da}(t) + p_{ad}(t)][p^*d(t) - p_d(t)]. \tag{4}$$

Considérese ahora el efecto de las condiciones iniciales $p_d(0)$, $y(0)$, y $s(0) = 0$, es decir, cuando los países experimentan la democracia por primera vez. Si un país intenta instaurar una democracia con un ingreso bajo, $p^*d(y(0), 0)$ es bajo y, si $p^*d(0) < p_d(0)$, la probabilidad de democracia disminuye. Sin embargo, a medida que el ingreso aumenta con el correr del tiempo, $p^*d(y, 0)$ aumenta. Por lo tanto, ha de existir algún punto determinado en el tiempo T , de manera que:

$$p_d(t \geq T) = p^*d(t \geq T).$$

Figura 11b | Probabilidad de democracia y función de equilibrio según la cantidad de años desde la instauración del primer régimen y el nivel de ingresos durante dicho régimen



Para entender mejor este concepto, considérese una versión de la Figura 11 aumentada por las funciones de tiempo $p^*(t)$. Un país que ingresa en la democracia a $y(0) = 500$ y $p_d(0) = 0,5 > p^*(0) \approx 0,42$ verá sus probabilidades de democracia disminuidas por aproximadamente $T = 30$ años (suponiendo que, en todo el período analizado, el ingreso aumenta a una tasa anual constante de 1,63), mientras que, para un país que ingresa en la democracia con la misma probabilidad con $y(0) = 1500$, tendrá $p^*(0) > 0,5$, por lo que su probabilidad de democracia continuará aumentando.

Las experiencias democráticas anteriores afectan el ritmo del proceso, pero no sus resultados finales. Cuando una democracia fracasa, de manera que s aumenta en 1, tanto p_{ad} como el valor de p^*_{ad} aumentan. Por consiguiente, la dinámica de la transición descrita en la ecuación (3) se ve acelerada y la proporción de democracias converge rápidamente hacia el límite. A su vez, las experiencias democráticas anteriores también contribuyen al aumento del valor de p_{ad} , y este aumento retarda la convergencia. Sin embargo, todos los países terminan, a la larga, por adoptar la democracia, independientemente de la inestabilidad que sus regímenes sufrieron en el pasado.

Por último, conviene mencionar que, si bien p_{ad} es independiente del ingreso, un análisis estadístico que ignore las experiencias anteriores mostrará una correlación positiva entre dicha probabilidad y el ingreso. Ello es así pues para el momento en que un país acumula un nivel de ingresos mayor, es más probable que también acumule experiencias democráticas anteriores, de modo que $E_t(s) = s(y(t))$. Por consiguiente,

$$\frac{dp_{ad}}{dy} = \frac{\partial p_{ad}}{\partial y} + \frac{\partial p_{ad}}{\partial s} \frac{ds}{dy} . \quad (5)$$

Dado que $\frac{\partial p_{ad}}{\partial s} > 0$ y que $\frac{ds}{dy} > 0$, $\frac{dp_{ad}}{dy} > 0$, incluso cuando $\frac{\partial p_{ad}}{\partial y} = 0$. Una parte importante de la producción académica⁶⁰ se funda en esta falacia.

5.2 Estadísticas

Los datos analizados provienen de PACKT (2008),⁶¹ y más allá de algunos huecos y lagunas, cubren varios aspectos de las instituciones políticas y de los acontecimientos mundiales desde 1788.

60. Boix, Carles, y Susan Stokes, "Endogenous Democratization", *World Politics*, 55, 2003; Epstein, David L., Bates, Robert, Goldstone, Jack, Kristensen, Ida y O'Halloran, Sharyn, *Democratic Transitions*, artículo elaborado para su presentación en la *Annual Meeting of the Midwest Political Science Association*, Chicago, 3-6 de abril, 2003.

61. Adam Przeworski, Tamar Asadurian, Carolina Curvale, Sunny Kuniyathu y Anjali Thomas.

La “democracia” fue definida como un régimen en el que el jefe del ejecutivo es electo, la legislatura es abierta y se permite al menos un cierto grado de oposición. La jefatura del ejecutivo suele ser ocupada por el primer ministro, o en su defecto por el presidente (cuando no se cuenta con la figura del primer ministro). La legislatura constituye un organismo que no cumple funciones ejecutivas y posee un cierto control sobre los impuestos. La oposición existe cuando, al menos en algunos distritos, los votantes pueden elegir candidatos opositores (en la práctica, se estableció que la oposición existía cuando se presentaba más de un candidato en las elecciones presidenciales o más de un partido en las legislativas). Los regímenes que no cumplieran con al menos una de estas condiciones fueron catalogados como “autocracias”.

A continuación se presentan los resultados en regresiones probit para *pda* y *pad*:

Cuadro A1 | Regresiones probit. Variable dependiente: *pda*. N=5067

	Coficiente	d.e.	z	Pr(z)
log PBlcáp	-0.5527	0.0602	-9.18	0.000
sutra	0.0696	0.0143	4.85	0.000
constante	2.2655	0.4302	5.27	0.000

Nota: Los errores estándar están agrupados por país.

Cuadro A2 | Regresiones probit. Variable dependiente: *pad*. N=3006

	Coficiente	d.e.	z	Pr(z)
log PBlcáp	-0.0345	0.0555	-0.62	0.534
sutra	0.0818	0.0126	6.47	0.000
constante	-1.4780	0.4038	-3.66	0.000

Nota: Los errores estándar están agrupados por país.

Referencias

Aguilar Rivera, José Antonio, *En pos de la quimera: reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, Mexico: CIDE, 2000.

Annino, Antonio, "Introducción", en: Antonio Annino (ed.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica: Siglo XIX*, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1995.

Annino, Antonio, "Vote et décalage de la citoyenneté dans les pays andins et meso-americanos", en R. Romanelli (ed.), *How Did They Become Voters? The History of Franchise in Modern European Representation*, The Hague: Kluwer, 1998, pp. 155-82.

Bahamonde, Ángel y Jesús A. Martínez, *Historia de España: Siglo XIX*, Madrid: Cátedra, 1998.

- Benhabib, Jess y Adam Przeworski, "The Political Economy of Redistribution under Democracy", en: *Economic Theory*, 29, 2006, pp. 271-290.
- Birmingham, David, *A Concise History of Portugal*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- Boix, Carles, y Susan Stokes, "Endogenous Democratization", en: *World Politics*, 55, 2003, pp. 517-49.
- Bolívar, Simón, *Escritos políticos*, Graciela Soriano (ed.), Madrid: Alianza Editorial, 1969.
- Bushnell, David, *The Making of Modern Colombia*, Berkeley: University of California Press, 1993.
- Canedo, Leticia Bicalho, "Les listes électorales et le processus de nationalisation de la citoyenneté au Brésil (1822-1945)", en: Raffaele Romanelli (ed.), *How Did They Become Voters? The History of Franchise in Modern European Representation*, The Hague: Kluwer, 1998, pp. 183-206.
- Cheibub, José Antonio, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, New York: Cambridge University Press, 2007.
- Collier, Simon y William F. Sater, *A History of Chile, 1808-1994*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Crook, Malcolm, *Elections in the French Revolution*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Dahl, Robert A., *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven: Yale University Press, 1971.
- Dardé, Carlos y Estrada, Manuel, "Social and Territorial Representation in Spanish Electoral Systems", en: Raffaele Romanelli (ed.), *How Did They Become Voters? The History of Franchise in Modern European Representation*, The Hague: Kluwer, 1998, pp.133-154.
- Dunn, Susan, *Jefferson's Second Revolution: The Election Crisis of 1800 and the Triumph of Republicanism*, Boston: Houghton Mifflin, 2004.
- Epstein, David L., Robert Bates, Jack Goldstone, Ida Kristensen, y Sharyn O'Halloran, "Democratic Transitions", artículo escrito para su presentación en la Annual Meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, 3-6 de abril, 2003.
- Finer, Samuel, *The Man on Horseback: The Role of the Military in Politics*, 2da ed., Harmondsworth: Penguin, 1976.
- Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid: Siglo XXI, 2005.
- Garrido, Aurora, "Electors and Electoral Districts in Spain, 1874-1936", en: Raffaele Romanelli (ed.), *How Did They Become Voters? The History of Franchise in Modern European Representation*, The Hague: Kluwer, 1998, pp. 207-226.

Guerra, François-Xavier, El soberano y su reino: "Reflexiones sobre la génesis del ciudadano en América Latina", en Hilda Sabato (ed.), *Ciudadanía política y formación de las naciones: Perspectivas históricas de América Latina*, México: El Colegio de México, 2003, pp. 33-61.

Halperin-Donghi, Tulio, *The Aftermath of Revolution in Latin America*, New York: Harper&Row, 1973.

Hansen, Mogens Herman, *The Tradition of Democracy from Antiquity to the Present Time*, Paper presentado en el *Seminar on Democracy: Ancient and Modern*, Roma: Fondazione Adriano Olivetti, 2005.

Haring, Clarence Henry, *The Spanish Empire in America*, New York: Harcourt, Brace&World, 1947.

Hofstadter, Richard, *The Idea of the Party System: The Rise of Legitimate Opposition in the United States, 1780-1840*, Berkeley: University of California Press, 1969.

Klinghofer, Judith Apter y Lois Elkis, "The Petticoat Electors: Women's Suffrage in New Jersey, 1776-1807", en: *Journal of the Early Republic*, 12, 1992, pp.159-193.

Lehoucq, Fabrice, "Can Parties Police Themselves? Electoral Governance and Democratization", en: *International Political Science Review*, 23, 1, 2002, pp. 29-46.

Lehoucq, Fabrice, "Qué es el fraude electoral? Su naturaleza, sus causas y consecuencias", en: *Revista Mexicana de Sociología*, 69, 2007, 1-38.

Lehoucq, Fabrice e Iván Molina, *Stuffing the Ballot Box: Fraud, Electoral Reform, and Democratization in Costa Rica*, New York: Cambridge University Press, 2002.

Levitsky, Steven and Lucan A.Way, "The Rise of Competitive Authoritarianism", en: *Journal of Democracy*, 13, 2, 2002, pp. 51-65.

López-Alves, Fernando, *State Formation and Democracy in Latin America, 1810-1900*, Durham: Duke University Press, 2000.

Lipset, Seymour Martin, *Political Man: The Social Bases of Politics*, Garden City: Doubleday, 1960.

Loveman, Brian, *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*, Pittsburgh: Pittsburgh University Press, 1993.

Maddison, Angus, *The World Economy: Historical Statistics*, Paris: OECD, 2003.

Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

Nordlinger, Eric, *Soldiers in Politics: Military Coups and Governments*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1977.

Palacios, Guillermo y Fabio Moraga, *La independencia y el comienzo de los regímenes representativos*, Madrid: Editorial Síntesis, 2003.

Permlutter, Amos, *The Military and Politics in Modern Times: On Professionals, Pretorians, and Revolutionary Soldiers*, New Haven: Yale University Press, 1977.

Paz, Octavio, "A Democracia en América Latina", en: *Caderno de Cultura de O Estado de São Paulo*, 2, 128, 1963, pp. 1-12.

Posada-Carbó, Eduardo, Electoral Juggling: "A Comparative History of the Corruption of Suffrage in Latin America, 1830-1930", en: *Journal of Latin American Studies*, 32, 2000, pp. 611-644.

Przeworski, Adam, "Democracy as an Equilibrium", en: *Public Choice*, 123, 2005, pp. 253-273.

Przeworski, Adam, "Self-enforcing Democracy", en: Donald Wittman y Barry Weingast (eds.), *Oxford Handbook of Political Economy*, New York: Oxford University Press, 2006.

Przeworski, Adam y Carolina Curvale, "Does Politics Explain the Economic Gap between the United States and Latin America?", en: Francis Fukuyama (ed.), *La Brecha entre América Latina y los Estados Unidos*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

Przeworski, Adam, "Constraints and Choices: A History of Electoral Participation", en: *Comparative Political Studies*, 42, 2009, pp. 4-30.

Rippy, Fred J., "Monarchy or Republic?", en: Hugh M. Hamil, Jr. (ed.), *Dictatorship in Spanish America*, New York: Alfred A. Knopf, 1965, pp. 86-94.

Rouquie Alain, "The Military in Latin American Politics since 1930", en: Leslie Bethell (ed.), *The Cambridge History of Latin America*, Vol. VI, Parte 2: 1930 to the Present. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, pp. 233-306.

Sábato, Hilda, "Introducción", en: Hilda Sábato (ed.), *Ciudadanía política y formación de las naciones: Perspectivas históricas de América Latina*, México: El Colegio de México, 2003, pp. 11-29.

Valenzuela, Samuel J., *"The Origins and Transformation of the Chilean Party System"*, Working Paper No. 215, The Helen Kellogg Institute for International Studies, Universidad de Notre Dame, 1995.

Weisberger, Bernard A., *America Afire: Jefferson, Adams, and the First Contested Election*, New York: Harper Collins Publishers, 2001.

Weyland, Kurt, *"The Diffusion of Revolutions: 1848 in Europe and Latin America"*, Working Paper, Department of Political Science, University of Texas at Austin, 2008.

Zeldin, Theodore, *The Political System of Napoleon III*, New York: W.W. Norton, 1958.

Como la cigarra.

Notas sobre violencia sexual, jurisprudencia y Derechos Humanos

Violeta Cánaves

Resumen

Este trabajo intenta explorar la construcción jurisprudencial de la violencia sexual como violación a los derechos humanos. Con este fin, a la luz de herramientas conceptuales propias de teorías feministas, se relevará especialmente jurisprudencia sobre violencia sexual perpetrada con alguna complicidad o participación estatal, de tribunales internacionales e interamericanos de derechos humanos, así como también sentencias de los juicios por delitos de lesa humanidad cometidos en la última dictadura militar argentina.

A pesar de la tendencia a equiparar la violencia sexual en general y la violación en particular con actos de tortura, se defenderá la tesis que sostiene el carácter autónomo de los crímenes sexuales, en tanto mejor estrategia para la consolidación de los derechos humanos de las mujeres.

Palabras clave. Violencia sexual - tortura - jurisprudencia - derechos humanos - dictadura

Como la cigarra. Notas sobre violencia sexual, jurisprudencia y Derechos Humanos¹ Violeta Cánaves²

*Tantas veces me mataron,
tantas veces me morí,
sin embargo estoy aquí
resucitando.
Gracias doy a la desgracia
y a la mano con puñal,
porque me mató tan mal,
y seguí cantando.*

*Cantando al sol,
como la cigarra,
después de un año
bajo la tierra,
igual que sobreviviente
que vuelve de la guerra.*

Como la cigarra, María Elena Walsh, 1972.

I. Introducción

En 2010, en uno de los juicios por delitos de lesa humanidad cometidos en la última dictadura militar, se dictó en Santa Fe la primera sentencia de condena por violaciones sexuales.

Cada vez más mujeres están comenzando a relatar, luego de años de silencio, las experiencias de abusos sexuales en los centros clandestinos de detención. Esto podría colaborar en la construcción de un nuevo tratamiento jurídico a la violencia contra las mujeres en Argentina, y en la búsqueda de otras formas de justicia, más cercanas a las mujeres y sus (sobre)vivencias.

1. Este trabajo está dedicado a Guillermo Munné, abogado querellante, activista por los derechos humanos, admirado profesor y entrañable amigo. Por incentivar desde el afecto, movilizar desde el conocimiento comprometido y enseñar desde la acción.

2. Universidad Nacional del Litoral. Alumna de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad de Palermo. Agradezco muy especialmente a Paola Bergallo, Julieta Di Corleto, Leonardo Filippini, Natalia Gherardi, Federico Crisalle y Guillermo Moro por las pacientes observaciones a este trabajo y los aportes de enriquecedora bibliografía. Si acaso hay algo bueno en estas líneas, es gracias a ellxs.

Como la cigarra, hoy las mujeres cantan al sol sus relatos del horror. Como una forma de resucitar, de reconstruirse como actrices políticas, de politizar el sexo y el derecho.

Este trabajo intenta explorar la construcción de la violencia sexual como violación a los derechos humanos en la jurisprudencia. Si bien existe una tendencia a equiparar la violación y otras formas de violencia sexual con la tortura –en tribunales internacionales y fundamentalmente interamericanos y nacionales–, es posible sostener que el fortalecimiento de argumentos sobre el carácter autónomo de los crímenes sexuales es una mejor estrategia en favor de la consolidación de los derechos humanos de las mujeres. La violación sexual no es sólo violencia, es también sexo. Como tal, es un síntoma de un sistema de dominación patriarcal que se materializa de distintas maneras, entre ellas la violación, oprimiendo y cosificando a las mujeres. Incluir dentro de las torturas en general a la violación, es esconder este síntoma y por lo tanto, invisibilizar aquél sistema.

En esta exploración entonces, se revisará alguna jurisprudencia relevante, a la luz de herramientas conceptuales de las teorías feministas: en la sección II de este trabajo, me refiero a los aportes que estas teorías realizan al análisis del derecho en general y la violencia contra las mujeres. En la sección III, reviso distintos enfoques teóricos sobre violencia sexual en general y violaciones sexuales en particular. En la sección IV, se realiza una aproximación al tratamiento de la violencia sexual como violación a los derechos humanos a partir de jurisprudencia internacional e interamericana. En la sección V, se analizará el caso argentino, buscando comunes denominadores con lo anterior, para llegar por último, a algunas ideas y agendas pendientes, en la sección VI.

II. Derecho y violencia de género

Existe una relación entre la separación de una esfera pública y privada, y la traducción de problemas sociales en problemas jurídicos, relación que se vuelve más estrecha si la pensamos en referencia a los derechos de las mujeres.

Mucho se ha escrito desde el feminismo sobre la primera distinción, que implica sostener que hay dos esferas identificables³: una pública, propia de los varones y otra privada, propia de las mujeres. En la década de 1960, las feministas norteamericanas comenzaron a criticar estas categorías y la atribución de tareas y roles que traían aparejadas. Con “Lo personal es político”, slogan clásico del feminismo de la segunda ola⁴, se condensó

3. Este par dicotómico está sexualizado y jerarquizado; el Derecho se encontraría dentro de la esfera pública, y no de la privada. Ver Olsen Frances “El sexo del Derecho” en *Identidad femenina y discurso jurídico*, Alicia Ruiz (compiladora), Ed. Biblos, 2000

4. No hay una única categorización de las diversas “olas” del movimiento feminista. Aquí tomo una clásica sostenida, entre otras, por la española María Luisa Balaguer en *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Ed. Cátedra, Madrid, 2005, pág. 26 y ss.

el desafío sobre la deconstrucción de las esferas separadas y la denuncia sobre lo que ocurría en el ámbito privado⁵.

La violencia contra las mujeres sea quizá el problema paradigmático en este sentido: hasta hace unas pocas décadas, y aún hoy, se consideraba que lo que ocurría ‘puertas adentro’ de los hogares, era una cuestión “familiar” que debía resolverse en el ámbito doméstico. El Estado no debía intervenir. La visibilización de la otra violencia familiar primero, y luego la violencia de género (pasando por la denuncia de otras muchas violencias como la emocional, psicológica, económica, simbólica, mediática, etc.) implicó abrir las puertas de ‘lo privado’, denunciando que en “el Reino del hogar” ocurrían las violaciones a los derechos humanos más cotidianas y silenciadas, que el Estado por lo tanto no podía ignorar.

Cuestionar, denunciar y visibilizar estas diferencias de tratamiento y análisis en lo público y en lo privado, representó una modificación en los roles asignados a los sexos, ya que significó derrumbar simbólicamente las paredes que separaban a las mujeres de la denuncia, la discusión pública y el diálogo político.

Las mujeres comenzaron a tener un nuevo protagonismo en el ámbito público, reclamando asimismo un nuevo protagonismo de los varones en el ámbito privado. No obstante, sectores conservadores de la política y la sociedad, continúan abogando por una vuelta a los “valores tradicionales de la familia”, que significa para las mujeres el retorno y encierro en los hogares para el cuidado de los niños y del marido. Este es el “rol natural” que según este mandato tradicional deben respetar, para no socavar las bases de toda la sociedad⁶.

No obstante, la dificultad en la denuncia pública de las violaciones a los derechos que tienen lugar en lo privado sigue siendo un grave obstáculo en la tarea de democratizar la vida cotidiana y el hogar. La falta de información estadística en Argentina acerca de la cantidad de denuncias, los tipos de violencia prevalecientes y las consecuencias, entre otros factores, refleja una ausencia de voluntad política para visibilizar y encarar seriamente la problemática⁷.

5. Olsen sostiene que la separación de estas esferas no es sólo descriptiva, sino prescriptiva (las mujeres no sólo *están* encargadas del trabajo doméstico, sino que *deben estarlo*), y es en este punto en donde se vuelve una limitación a la libertad. Estos estereotipos de género se encuentran tan fuertemente enraizados en la cultura tradicional, incluso con argumentos biologicistas (‘instinto natural’ maternal o de cuidado, por ejemplo) que cuestionarlos o deconstruirlos es una tarea sumamente difícil, y más aún en campos tan estructurados por las tradiciones como el Derecho. En este sentido, el concepto mismo de *género* ha sido revolucionario, ya que significó refutar la condena de lo femenino como “el segundo sexo” (y la de Freud: la biología es destino). Ver de Beauvoir Simone, *El Segundo Sexo*, Debolsillo, 2007; Olsen Frances, Op. Cit.; Smart Carol “La teoría feminista y el discurso jurídico” en *El género en el derecho y el derecho en el género* Haydée Birgin (compiladora), Biblos, 2000; Scott Joan “El género: una categoría útil para el análisis histórico” en *Sexualidad, género y roles sexuales* Marysa Navarro y Catharine Stimpson (compiladoras), FCE, 1999; Facio Alda y Frías Lorena “Feminismo, género y patriarcado” en *Género y Derecho* Alda facio y Lorena Frías (compiladoras), LOM Ediciones, 1999.

6. Carol Smart analiza por ejemplo cómo se fue construyendo la figura de la “mala madre” en relación a la mujer soltera, desde el S. XVII. Ver Smart Carol, “La teoría...” Op. Cit., pág. 45.

7. ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Informe sobre Género y Derechos Humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005 – 2008)*, Ed. Biblos-ELA, 2009, pág. 310 y ss.

La violencia de género es un problema social que es percibido generalmente sólo como un problema individual⁸. A su vez, este problema social no suele ser traducido a un lenguaje de derechos. Ocurre que este lenguaje puede *reducir* el problema, al traducirlo en términos que las mujeres no han creado, o que no les pertenecen⁹. Buscar la ayuda del derecho implica muchas veces una revictimización, una invasión simbólica a la experiencia y a la comprensión y puesta en palabras de lo propio. Buscar al derecho para remediar la violencia contra las mujeres, puede terminar entonces creando más violencia. Muchas mujeres prefieren, por lo tanto, mantener el problema como uno de índole meramente individual, que pretenden resolver por sí mismas.

Si el Derecho ha silenciado las voces de las mujeres durante siglos, no es sorprendente que las mujeres guarden silencio frente a los problemas sociales como problemas jurídicos. Hay un *entrenamiento de silencio* que funciona patriarcalmente a la perfección.

La relación que planteaba más arriba, quedaría esbozada entonces de la siguiente manera: mientras la pertenencia a la esfera pública se asocia con problemas sociales que pueden ser fácilmente traducidos a un lenguaje de derechos, la esfera privada determina el carácter también privado de los problemas, que por lo tanto quedan exentos de la autoridad estatal, lo que puede generar cierta tolerancia frente a las violaciones de los derechos humanos que se cometen diariamente. La violencia sexual, dentro del universo de la violencia de género, constituye un ejemplo contundente en este sentido.

III. Violencia sexual: violación

De esta forma, este trabajo se interesa particularmente sobre la violencia sexual y su construcción dentro del Derecho; lo que genera la necesidad de algunas especificaciones conceptuales previas.

En primer lugar, es conveniente distinguir entre violencia sexual y violación. La violencia sexual no se limita a la relación sexual sin consentimiento, sino que abarca “una gama de acciones violentas cuyo denominador común parece ser la diferencia

8. Es posible pensar esta diferencia de enfoques en términos de delito o de conflicto. La conceptualización como delito penal individualiza el problema, lo sobre-simplifica, forzando la identificación de sólo un victimario y sólo una víctima, en uno o varios acontecimientos aislados. Es decir, diluye el contexto social, político y cultural. Ver en este sentido Pitch Tamar, *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*, Ad Hoc, 2003, pág. 135 y ss.

9. Como sostiene Pitch, “En cierto sentido, ésta es la estrategia seguida hasta ahora, más o menos implícitamente, por muchos grupos y movimientos de mujeres: dar una nueva denominación, dar un nuevo significado o dar un significado por primera vez a experiencias y vivencias, transformarlas de algo que se experimenta individualmente en algo que se denuncia públicamente por tener una causa social. El encuentro con el derecho, (...) ha llevado a los movimientos a dos posturas: la denuncia, como algo inevitable e incompatible con las propias demandas, de la traducción/reducción de reivindicaciones en términos, y a través del código del lenguaje jurídico prefiriendo abstenerse del compromiso directo en esta traducción, o bien se ha considerado tal traducción un coste que hay que soportar frente a los beneficios simbólicos y políticos que una inscripción jurídica de esas reivindicaciones parecía asegurar”. Pitch Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, 2003, pág. 260.

sexual”¹⁰. La violación es *una* de las manifestaciones de la violencia sexual, y es la que ha recibido atención -en general- más exhaustivamente por parte de la justicia, la academia y el activismo¹¹.

A partir de literatura feminista sobre violación, podemos encontrar dos grandes enfoques. El primero, identifica la violación con el *sexo*, es decir, lo que caracteriza a la violación es que se trata de sexo. El segundo enfoque, por el contrario, considera que la violación es principalmente un acto de *violencia*, donde el sexo no es el elemento central. Más allá de estos enfoques antagónicos, hay una postura ‘intermedia’ que considera la violación como violencia sexual. Veamos un poco más en detalle estas perspectivas.

Sobre el primer enfoque, Catharine MacKinnon es quizá la representante más sofisticada. De hecho, es el feminismo “radical” el que comienza a presentar el sexo mismo como una manifestación de la dominación y el sometimiento, que limita la libertad de las mujeres. MacKinnon sostiene que la relación heterosexual está construida bajo los parámetros de sexualidad masculina. Así, el acto sexual está marcado por la penetración, es decir, el elemento que define al sexo es la penetración; por lo que también lo que define a la violación es la penetración, en este caso forzada. Las mujeres por lo tanto, ni pueden definir qué se entiende por sexo y por acto sexual, ni pueden definir en consecuencia qué se entiende por violación¹². En este sentido, nunca hay “consentimiento” en el acto sexual definido y construido por/para la sexualidad masculina.

De esta forma, la invisibilización y el silenciamiento de las experiencias de las mujeres sobre su propia sexualidad, les deja sólo la opción de adherir o no al acto sexual en términos masculinos (“universales”). Así es que para MacKinnon toda relación heterosexual es una violación. En otras palabras, la violación es sexo, y el sexo es violencia.

Esta idea de MacKinnon ha sido simplificada en numerosas ocasiones aduciendo que representa un ataque a la heterosexualidad en general, o la negación misma de la posibilidad de un acto sexual placentero, consentido y compartido. En mi opinión, por el contrario, bajo su mejor luz esta idea provoca un (incómodo) análisis de las relaciones sexuales “consentidas” (y la naturaleza y construcción de este consentimiento) para entender mejor

10. Pitch Tamar, *Un derecho...* Op. Cit. pág 202.

11. Un interesante recorrido por esta literatura y jurisprudencia puede verse en Estrich, Susan “Violación” en *Justicia, género y violencia*, Julieta Di Corleto (compiladora), Librería, 2010, pág 62 y ss. y Lemaitre Julieta “Violencia” en *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Cristina Motta y Macarena Sáez (editoras académicas), Siglo del Hombre Editores, Red Alas, 2008, pág 549 y ss.

12. Tamar Pitch resume una idea similar en estos términos “lo que es violencia sexual para una mitad de la población (la mitad que por lo general lo sufre) no lo es (necesariamente) para la otra mitad (la mitad que por lo general lo lleva a cabo)” Pitch Tamar, *Un derecho...* Op. Cit., pág. 206. En palabras de MacKinnon “Tal vez el mal de la violación haya sido tan difícil de definir porque el punto de partida incuestionable ha sido que la violación se define como algo distinto del coito, mientras que para las mujeres es difícil distinguir ambos en las condiciones de dominio masculino.”, en *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ed. Cátedra, 1995, pág. 310.

la naturaleza de las relaciones sexuales “no consentidas”. Lo que esta autora propone, obliga a una reflexión sobre el acto sexual cotidiano¹³.

El segundo enfoque mencionado anteriormente, entiende que la violación es, por el contrario, principalmente un acto de violencia, equiparable a otras formas de agresión (como por ejemplo un golpe en la cara)¹⁴. No hay sexualidad o sexo en una violación, sino que hay un acto de violencia (como un “golpe con el pene”). Esta perspectiva intenta rescatar una forma de relación heterosexual que no se identifique con la violencia, sino por el contrario con el placer y el consentimiento.

En otras palabras, si la violación es violencia y no sexo, el sexo queda ‘a salvo’ y la violación puede ser tipificada, por ejemplo, como un acto más de tortura. Esta forma de conceptualizar la violación, sin embargo, la despoja del carácter sexual que da cuenta de la subordinación y opresión de la sexualidad de las mujeres, y de su género en general.

Un enfoque intermedio, como se mencionaba más arriba, propone la idea de la violación como un acto de ‘violencia sexual’. Tesis que se relacionan en menor o mayor medida a este enfoque, han sido útiles en el fortalecimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del Derecho Penal Internacional, desde perspectivas feministas cercanas al reformismo legal. Justificando que la violencia sexual debe ser tratada de ambas maneras a la vez, como parte de otras formas de violencia (como la tortura, el genocidio, o los tratos inhumanos) y específicamente como violencia sexual, Rhonda Copelon explica, por ejemplo, que el Estatuto de la Corte Penal Internacional es una muestra de un paso en este sentido¹⁵.

Un tema central en esta discusión entre ‘violencia o sexo’ en la violación, gira también en torno a la idea de consentimiento¹⁶. Según la dogmática penal, lo que define

13. “What this critique does that is different from the ‘violence, not sex’ critique, is ask a series of questions about normal, heterosexual intercourse and attempt to move the line between heterosexuality on the one hand –intercourse– and rape on the other, rather than allow it to stay where it is.”, MacKinnon Catharine, *Feminism unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, 1987, pág. 89.

14. Di Corleto Julieta “La construcción legal de la violencia contra las mujeres” en *Justicia, Género y Violencia*, Julieta Di Corleto (compiladora), Librería Ed., 2010, pág. 14. Esta autora explica como fue Foucault quien propuso que la violación debía ser castigada como cualquier otro acto de agresión física, al sostener que ninguna forma de sexualidad debía ser sometida a una pena. En palabras de Katherine M. Franke, “Lo que busca interrumpir Foucault es el poder regulador del sexo al cuestionar la necesidad de tratar la violación de una manera diferente a un golpe en la cara. A su parecer, ganamos mucho y perdemos poco al castigar la violencia física de la violación ‘sin invocar el hecho de que está involucrada la sexualidad” Franke Katherine M., “Los usos del sexo”, *Revista de Estudios Sociales* núm. 28, Universidad de los Andes, 2007, pág. 30 y ss. Ver asimismo Foucault Michel, “Sexual Choice, Sexual Act”, *Ethics. Subjectivity and truth*. Essential works of Foucault 1954 – 1984, Volume I, Edited by Paul Rabinow, The New Press, New York, 1997, pág. 141-156.

15. Copelon Rhonda, “Gender crimes as war crimes: integrating crimes against women into International Criminal Law”, *McGill Law Journal*, November 2000, pág. 9. Diversas organizaciones de derechos humanos y organizaciones feministas fueron actoras centrales en las negociaciones y construcción del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Más adelante se volverá sobre este punto.

16. Esta discusión, aquí sólo vagamente mencionada, es profunda y muy interesante. Para más referencias al respecto ver, por ejemplo: Pitch Tamar, *Un derecho...* Op. Cit., pág. 210 y ss., Lemaitre Julieta, “Violencia” Op. Cit., pág. 581 y ss., MacKinnon Catharine, *Hacia una teoría...* Op. Cit., pág. 305 y ss.

a la violación –entre otros elementos- es la ausencia de consentimiento. No obstante, el problema sobre el *límite* de este consentimiento sigue en pie, es decir, cómo se interpreta qué es el consentimiento, cuándo se otorga y hasta qué punto.

Si hay violación cuando no hay consentimiento, según el segundo enfoque (violación como violencia), por el contrario, la presencia de consentimiento neutralizaría la violencia y por lo tanto la configuración de una violación. Esto entendiendo que el concepto puede pensarse en términos absolutos (existe o no existe consentimiento), y no contemplando en cambio los distintos matices que puede abarcar. Para el primer enfoque (violación como sexo) en cambio, al ser la violencia un componente inherente al acto sexual heterosexual –y lo que es lo mismo, a la sexualidad masculina-, el “consentimiento” femenino para un acto concebido en esos términos, no es más que una ilusión.

Otro de los riesgos del concepto de consentimiento es que hace caer todo el análisis sobre la víctima¹⁷. Es el consentimiento de la mujer lo que debe probarse, y en esta tarea, es frecuente caer en una re-victimización, o un segundo acto de violencia o invasión a la intimidad, ahora en el seno de la justicia¹⁸.

Es importante, finalmente, una última especificación: aquella que distingue entre “violaciones tradicionales” y “violaciones no tradicionales”, siguiendo la terminología de Susan Estrich¹⁹. Las primeras, también denominadas “reales”, serían aquellas que son reconocidas públicamente como violaciones (por abogados, jueces, académicos, y el Derecho en general) y en tanto tales, al ser un delito, generan el deber de penar al perpetrador. El escenario suele ser la calle, en donde un hombre armado (generalmente negro) golpea a la víctima y amenaza con matarla y la obliga a mantener relaciones sexuales. La víctima debe resistirse con todo el cuerpo, gritar explícitamente “no” y desconocer completamente al violador. Además la víctima debe ser una mujer adulta blanca, con un trabajo decente (o “ama de casa”), preferentemente con marido e hijos. Mientras más violencia física, y por lo tanto, más “marcas” queden en el cuerpo de la víctima, más fácil será probar e hecho. En este tipo de violaciones, la mujer es vista como una víctima indefensa a la que “la ley” debe proteger. El culpable muy probablemente recibirá una condena por parte de un juez algo espantado por el hecho.

Las “violaciones no tradicionales” en cambio, ocurren en escenarios distintos. Puede ser en una habitación (en la propia) en donde un hombre, que puede ser conocido, alguien con quien se ha tenido una cita, novio o marido obliga a una mujer a tener relaciones sexuales. La mujer puede llorar o decir “no” pero sin una resistencia física notable, y otro tipo de agresión física puede estar presente o no. Asimismo, la mujer puede haber llevado un escote demasiado pronunciado, puede haber sido soltera, puede incluso haber tenido un trabajo de exposición pública (como por ejemplo en prostitución).

17. El tema de las mujeres y la condición de víctimas está desarrollado sofisticadamente por Tamar Pitch en *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Ad Hoc, 2003, pág 229 a 294.

18. Di Corleto Julieta “La construcción legal...”, Op. Cit., pág. 18; Pitch Tamar, *Un derecho...* Op. Cit., pág. 210 y *Responsabilidades...* Op. Cit. pág. 248.

19. Estrich Susan, “Violación” Op. Cit., pág. 60 y ss.

Aquí, la justicia probablemente no condene al agresor, y todo el peso de la duda y la investigación del hecho recaigan en el comportamiento de la víctima. De hecho, la mujer sometida a este tipo de violación puede no ser considerada una víctima, sino una “provocadora”, “histérica” o “exagerada”. La mujer es la culpable de la violación. La agresividad masculina es justificada y al mismo tiempo permitida, al ser vista como “natural” e inducida por la mujer²⁰.

Es difícil pensar esta última distinción en contextos de conflicto armado, o en los casos de violaciones sexuales con participación o aquiescencia de agentes del Estado. Es casi imposible en realidad, pensar que pueden existir en estos contextos “violaciones no tradicionales”. Sin embargo, resulta útil rescatar esta diferenciación conceptual al menos para poner de resalto que la violencia sexual y la violación no es algo que les ocurra a las mujeres específicamente en aquellos contextos.

Aunque las condiciones se ven agravadas y la vulnerabilidad de las víctimas se pronuncia, las mujeres sufren violencia sexual en tiempos de paz y en tiempos de guerra. Rhonda Copelon, por ejemplo, sostiene que es importante comenzar a leer los crímenes más ‘cotidianos’, como la violencia doméstica, a través de las categorías de crímenes contra la humanidad, como una forma de alertar y crear conciencia sobre las situaciones que soportan las mujeres a diario²¹. De hecho, la cifra de femicidios, de violaciones “no tradicionales”, de violaciones en grupo en las calles, de violaciones de niñas y de abusos sexuales de todo tipo a mujeres y niñas en sociedades con gobiernos democráticos, es desconocida y prácticamente ignorada en tanto urgencia como sustento empírico para el diseño de políticas públicas que puedan abordar la problemática. Cotidianamente se cometen graves y reiteradas violaciones a los derechos humanos de las mujeres. Como un comienzo, este trabajo se detiene, sin embargo, en jurisprudencia sobre violencia sexual perpetrada con alguna complicidad o participación estatal. Queda como agenda de trabajo futura un relevamiento y análisis de jurisprudencia sobre violaciones en tiempos de paz (paz, al menos para algunos varones).

Ya sea en tribunales penales internacionales e interamericanos, como en cortes locales, se han ido construyendo interpretaciones y definiciones que es posible leer utilizando como cristal el marco teórico descrito en esta sección. A continuación, se mencionarán algunos de los ejemplos que han recibido más atención en la literatura jurídica y feminista.

20. En mi opinión, la terminología utilizada por Estrich debería invertirse. Si entendemos “tradicional” como sinónimo de ordinario, frecuente o arraigado en una cultura determinada, la violación tradicional es la que Estrich llama no tradicional. El hecho que no existan cifras (ni se haya diseñado un sistema de denuncias eficiente, o políticas de concientización efectivas, etc.) sobre las violaciones cotidianas no significa que ocurran menos que las violaciones ‘agresivas’ en las calles; significa que no son denunciadas. Como sostenía más arriba, hay un “entrenamiento de silencio” que funciona desde hace siglos. Acerca del problema de la falta de información cuantificada sobre violencia contra las mujeres –entre otros temas– para el diseño de políticas públicas, ver ELA- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Las deudas del Bicentenario. Una agenda de trabajo por los derechos de las mujeres en Argentina. Informe sombra y observaciones del Comité de la CEDAW al Estado Argentino*, ELA, 2011. Disponible en www.ela.org.ar

21. Copelon Rhonda, “Gender crimes...” Op. Cit., pág. 11 y Copelon Rhonda, “Gender violence as torture: the contribution of CAT general comment no 2”, *New York City Law Review*, Summer 2008.

IV. Violencia sexual en la jurisprudencia

IV.1. Ámbito internacional

Las mujeres fueron “trofeos de guerra” desde que existen las guerras en el mundo. Conquistar el territorio enemigo era también conquistar el cuerpo de las mujeres del enemigo, hacer corpórea la victoria, sensible.

Precisamente, porque las violaciones y actos de violencia sexual contra las mujeres son tan habituales en contextos de conflicto armado, estos hechos no fueron considerados como ‘violaciones a los derechos humanos’ propiamente dichas, que ameriten un tratamiento similar a las “violaciones a los derechos humanos en serio” como los fusilamientos o las torturas (cometidos generalmente contra varones), sino hasta hace unas pocas décadas.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, los juicios de Nüremberg se convierten en el símbolo de una nueva forma de pensar la justicia y actuar frente a los culpables, ahora a nivel internacional. Estos juicios “son concebidos para que se transformen en una forma de conducta para la humanidad y así poder impedir la repetición de los hechos juzgados”²².

Así, se comienza en primer lugar a pensar en la posibilidad de una justicia que no se limite al ámbito nacional, a través de la creación del Derecho Penal Internacional. Luego, en que esta justicia pueda ser aplicable incluso más allá de los Estados –típicos sujetos del Derecho Internacional-, directamente en favor de los individuos. En este período de posguerra, el DIDH cobra impulso, particularmente a partir de la creación de la Organización de Naciones Unidas.

Sin embargo, es en la última década del S. XX -a partir de los graves conflictos en la Ex Yugoslavia y Ruanda²³- en donde se crean Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, que marcan este camino de la justicia penal internacional. La jurisprudencia de estos Tribunales ha sido central en la construcción y consolidación de los conceptos de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, y esenciales también en la incorporación de los crímenes sexuales a la agenda del derecho internacional²⁴, particularmente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Una posible interpretación de este recorrido desde los enfoques teóricos de la sección anterior, es pensar la primera jurisprudencia de estos tribunales –luego de

22. Articulación Regional Feminista, *Sin Tregua. Políticas de reparación para mujeres víctimas de violencia sexual durante dictaduras y conflictos armados*. Corporación Humanas (coordinación), Chile, 2008, Pág. 10. Disponible en www.ela.org.ar Rhonda Copelon sugiere la posibilidad de que los crímenes sexuales, como la violación, no hayan sido incluidos en Nüremberg, en razón de que las tropas de los Aliados eran igualmente culpables de haber violado a mujeres. Ver Copelon Rhonda, “Gender crimes...” Op. Cit., pág. 3.

23. En Ruanda, se estima que entre 100.000 y 250.000 mujeres fueron violadas en los tres meses que duró el genocidio en 1994. En el caso de la Ex Yugoslavia, según el TPEY en la guerra de Bosnia – Herzegovina en 1992 las fuerzas serbias practicaron violaciones masivas a entre 20.000 y 44.000 mujeres musulmanas.

24. Ver Articulación Regional Feminista *Sin Tregua...*, Op. Cit., pág. 22 y ss.

un “ocultamiento” de los casos a través de la postura de la violación como ‘ofensa al honor’²⁵-, cercana a la idea de violación como violencia al equipararla a la tortura para, luego, construir una categoría más específica con elementos del primer enfoque -el de la violación como sexo- poniendo de resalto la discriminación histórica de las mujeres y haciendo uso del concepto de género. El Estatuto de Roma podría leerse por lo tanto desde el enfoque intermedio, que entiende la violación como violencia sexual.

El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPEY) en el Caso Tadic, señaló que “la violación y el abuso sexual son susceptibles de ser considerados como una forma generalizada o sistemática de impartir terror en la población civil, por lo que no era necesario probar que la violación sexual en sí tuvo dichas características, sino que la violación constituía uno o tal vez muchos tipos de crímenes, cuyo espectro se cometía en forma generalizada o sistemática e incluía una campaña de terror por parte del agresor”²⁶. Se excluye así por lo tanto, la consideración de la violación como “un hecho aislado”. Asimismo, en el Caso Foca se sostuvo la misma línea, estableciendo además un importante criterio: que la penetración sexual forzada para interrogar, castigar o ejercer coerción constituirían *tortura* y que el acceso sexual a las mujeres ejercido como el derecho de propiedad, constituía una forma de *esclavitud* de acuerdo a los crímenes de lesa humanidad²⁷. El caso contra Anton Furundzija se focalizó en la tortura/violación de una mujer prisionera durante un interrogatorio, mientras que el Caso Celebici, por su parte, condenó por cargos de tortura a acusados de violar a mujeres prisioneras incluso fuera del contexto de un interrogatorio²⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) resulta igualmente importante²⁹. Según explican Mantilla Falcón y Uprimny Yepes, cuando la Fiscalía comenzó su tarea no consideró la violencia sexual sufrida por las mujeres ruandesas como un crimen grave, ni susceptible de ser probado pese a la información disponible, ya que las mujeres preferían no denunciarlo. Igual que en el TPEY, fue el impulso de distintas organizaciones de la sociedad civil fundamentalmente mediante la presentación de Amicus Curiae el que logró que la Fiscalía modificara su acusación

25. En un pasado no tan lejano la violación era catalogada como un delito de pasión o lujuria, o como un delito contra el honor, el pudor o la dignidad. En este sentido ver Franke Katherine M., “Los usos del sexo”, Op. Cit., pág. 39 y Copelon Rhonda, “Gender crimes...” Op. Cit., pág. 3.

26. Mantilla Falcón Julissa y Uprimny Yepes Rodrigo, “Violencia de género y justicia constitucional en Colombia” en *¿Justicia Desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia*, UNIFEM, 2009, pág. 126. En este caso, se juzgó a Dusko Tadic, un oficial del campo de Omarska por violaciones y abusos sexuales a mujeres bosnias croatas y bosnias musulmanas. Ver United Nations, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, www.icty.org

27. Mantilla Falcón Julissa y Uprimny Yepes Rodrigo, “Violencia...” Op. Cit., pág. 128. Además, este caso sentó el criterio que así como en la tortura, el sufrimiento humano quedaba probado por el mero hecho de la violación, sin necesidad de otra prueba.

28. “The judgment reviews many of the precedents and recognizes that rape inflicts severe physical and psychological suffering, and that in situations of armed conflict, when it occurs with the consent or acquiescence of an official, rape ‘inherently’ meets the purpose element of torture –that it involves punishment, coercion, discrimination, or intimidation” Copelon Rhonda, “Gender crimes...” Op. Cit., pág. 7-8.

29. Ver International Criminal Tribunal for Rwanda, www.unict.org

incluyendo la violación como crimen de guerra y de lesa humanidad³⁰. La sentencia, que condenó a Jean Paul Akayesu, líder de la comunidad de Taba, acentuó entre otros elementos importantes que la violación era un atentado a la seguridad de las mujeres y no a la honra de una comunidad, que actos de violencia sexual pueden ser constitutivos de genocidio, que el desnudo forzado es considerado también un acto de agresión sexual (con lo que el concepto de violencia sexual se amplía más allá de la penetración o del mero contacto sexual) y que la violación es una forma de tortura, colaborando así a afinar y robustecer los criterios de interpretación sobre violencia sexual³¹.

En 1998, mediante el Estatuto de Roma se crea la Corte Penal Internacional, especificando -gracias a la jurisprudencia de estos Tribunales *ad hoc* y al impulso constante de organizaciones feministas como el 'Women's Caucus for Gender Justice', que los crímenes de violencia sexual y de género forman parte de la jurisdicción de la Corte, y estableciendo además una serie de mecanismos para asegurar que esos crímenes (y sus víctimas) sean tratados, y en una forma adecuada, en la justicia³². Incluye así en el Artículo 7 a la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, en la definición de crímenes de lesa humanidad. También se incluyen los mismos actos como crímenes de guerra, en el Artículo 8. 2. b. XXII. Cuando se reúnen los requisitos de crimen de lesa humanidad o crimen de guerra, la violación y la violencia sexual en general, es imprescriptible.

Más allá del Estatuto de Roma, que sin dudas es la pieza clave para encarar otra clase de tratamiento judicial de la violencia sexual, el camino incluyó otros pasos y documentos internacionales anteriores que también fueron influyentes. En primer lugar, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): si bien la violencia contra las mujeres no está regulada en este tratado -lo que ha provocado numerosas críticas-, el Comité CEDAW a través de las Recomendaciones N° 12 y 19 ha incluido a la violencia como forma extrema de discriminación que afecta el goce y ejercicio de todos los derechos humanos. En segundo lugar, la Declaración de Naciones Unidas contra la Violencia: en el marco de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos realizada en Viena en 1993, se declaró que la violencia contra las mujeres es una violación a los derechos humanos, y que los derechos de las mujeres son derechos humanos, lo que provocó un giro -al menos discursivo- en la consideración y tratamiento de estos derechos. Esta Declaración define

30. Ver Mantilla Falcón Julissa y Uprimny Yepes Rodrigo, "Violencia..." Op. Cit., pág. 128 y ss.

31. Copelon Rhonda, "Gender crimes..." Op. Cit., pág. 6.

32. Copelon Rhonda, "Gender crimes..." Op. Cit., pág. 8. Expresamente el Art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que "se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque". El Art. 8, por su parte, comienza diciendo: "La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes."

asimismo qué se entiende por ‘violencia contra las mujeres’³³, definición que luego fue tomada en el ámbito interamericano por la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención Belém do Pará). Por otro lado, es importante destacar también la Relatoría Especial sobre Violencia contra las Mujeres: aquí se elaboraron una serie de informes sobre las causas y consecuencias de la violencia, su continuidad entre el ámbito público y el privado y su relación con la discriminación³⁴, y por último, la Plataforma de Acción de Beijing en 1995, en donde se da una amplia participación al movimiento de mujeres y se elabora una guía para la acción de los Estados en cuanto a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Se dedica un capítulo a la violencia contra las mujeres y un subcapítulo a la violencia contra las mujeres en contextos de conflicto armado, en donde específicamente se afirma que la violación es un crimen de guerra y en ciertas circunstancias puede ser un crimen de lesa humanidad y/o un acto de genocidio, según las definiciones internacionales³⁵.

IV.2. Ámbito Interamericano

Dentro del sistema interamericano hubo también un camino jurisprudencial y normativo sobre violencia sexual de suma importancia, aunque distinto al internacional. Esta jurisprudencia ha considerado las violaciones y la violencia sexual en general como actos de tortura, es decir, ha seguido en general una línea más cercana al enfoque de la violación como violencia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha referido a la violencia sexual contra las mujeres en varios informes. Si bien no son tan numerosos en comparación con otros hechos, mencionaré aquí tan solo algunos.

En 1995, la CIDH establece en el capítulo IV. B del Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití que la utilización de violaciones sexuales contra mujeres y niñas haitianas como “arma de terror”, constituye un crimen contra la humanidad y un acto de tortura³⁶, según el Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)³⁷.

33. Establece así que la violencia física, sexual o psicológica puede darse tanto en el ámbito privado como en el público, en la familia, en la comunidad y/o el Estado, y ser perpetrada por particulares, por funcionarios públicos o con la aquiescencia de éstos.

34. Mantilla Falcón Julissa y Uprimny Yepes Rodrigo, “Violencia...” Op. Cit., pág. 30.

35. También recomienda a los Estados investigar y castigar a los miembros de la policía, las fuerzas armadas, las fuerzas de seguridad y otras fuerzas que realicen actos de violencia contra las mujeres, violaciones del derecho internacional humanitario y violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado. Ver Mantilla Falcón Julissa y Uprimny Yepes Rodrigo, “Violencia...” Op. Cit. pág. 32.

36. Párrafo 135. Disponible en <http://www.cidh.org/women/Haiti95mujer.htm>.

37. En el Párrafo 134 la CIDH sostiene “que la violación sexual y otros abusos sexuales infligidos a las mujeres haitianas causan sufrimiento y dolor físico y mental. Estos crímenes sexuales se cometieron con la finalidad de castigar a las mujeres por su militancia y/o su asociación con familiares militantes y para intimidar o destruir su capacidad de oponerse al régimen y de apoyo a las comunidad pobres”.

En 1996, se expide sobre el Caso N° 10.970³⁸ relativo al secuestro y muerte de Fernando Mejía Egocheaga y a la violación sexual de su esposa, Raquel Martín de Mejía por parte de fuerzas de seguridad peruanas, la noche del 15 de junio de 1989. En esta ocasión, la CIDH pone de manifiesto la frecuente impunidad de los crímenes sexuales perpetrados por personal estatal: las mujeres no denuncian estos hechos por miedo a que se repitan o a la humillación pública. Más allá de la falta de denuncia de las mujeres, este caso evidencia la “inefectividad” del acceso a la justicia en los casos de violación³⁹. La Comisión encuentra en este caso asimismo, los elementos que configuran tortura, según la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Tres años más tarde, la Comisión trata el caso de las hermanas Ana, Beatriz y Celia González Pérez de Méjico (Caso N° 11.565)⁴⁰, quienes habían sido violadas y torturadas por un grupo de militares, en el contexto de un interrogatorio ilegal sobre su supuesta pertenencia al Ejército Zapatista de Liberación Nacional. En este caso, la Comisión repite la consideración como tortura de la violación sexual, haciendo uso de jurisprudencia del TPEY, de informes del Relator especial sobre la cuestión de la Tortura y de la Relatora especial sobre violencia contra la mujer⁴¹.

El Caso N° 12.051⁴² (2001) María da Penha Maia Fernandes contra Brasil, constituye un punto de inflexión en el tratamiento de la violencia de género. Aunque no se trató específicamente de un caso sobre violencia sexual, y no hubo participación estatal directa en la comisión del hecho; es importante destacarlo ya que es en este caso en el que la CIDH manifestó que el (no) tratamiento por parte de las autoridades estatales de la violencia doméstica mostraba un “patrón discriminatorio” de tolerancia a la violencia y de grave ineficacia de la acción judicial. ‘María da Penha’ pone de manifiesto la invisibilización y falta de interés público/estatal hacia las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el espacio privado. Aquí, la Comisión aplicó por primera vez la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) y concluyó que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las insistentes reclamaciones realizadas⁴³.

38. Disponible en <http://www.cidh.org/women/cap.III.peru10.970.htm>

39. Pinto Mónica “Cuestiones de género y acceso al sistema internacional de derechos humanos” en *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Haydée Birgin y Beatriz Kohen (compiladoras). Ed. Biblos, Buenos Aires, 2006, pág. 194.

40. Disponible en <http://www.cidh.org/women/Mexico11.565sp.htm>

41. Pinto Mónica, “Cuestiones de género...” Op. Cit. pág. 195.

42. Disponible en <http://www.cidh.org/women/brasil12.051.htm>

43. Se repite aquí el criterio del clásico caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Velásquez Rodríguez’ de 1988. Es decir, el Estado es responsable de la violencia privada (o sin participación y/o complicidad estatal) en razón del deber de debida diligencia y por lo tanto debe prevenir, investigar y sancionar a los agresores así como reparar a las víctimas. Rhonda Copelon en este sentido, enfatiza que la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones, constituye un acto de tortura: la inacción del Estado en cuanto a la prevención y tratamiento de la violencia doméstica podría interpretarse como un permiso estatal implícito. De hecho, Copelon analiza el Comentario General N° 2 del Comité contra la Tortura (organismo de seguimiento de los Estados en la aplicación de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), que expresamente dice en el párrafo 18 “Since

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dictado algunas sentencias que vale la pena mencionar. Entre ellas, una de las más notorias es la del “*Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*”⁴⁴ de 2006. En esta ocasión, la Corte IDH distingue por un lado, entre el distinto daño producido a hombres y mujeres, ya que había actos que habían sido dirigidos específicamente a las mujeres y otros que habían tenido un impacto distinto en las mujeres que en los varones. Señala así que las mujeres detenidas “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”, dicha discriminación incluye “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”⁴⁵. También en esta sentencia, la Corte IDH sostiene que la configuración de la violencia sexual no se produce solamente vía penetración o contacto sexual, sino mediante cualquier acción de naturaleza sexual que se cometa hacia una persona sin su consentimiento. Por otro lado, define la violación sexual, aduciendo que se trata de “actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”⁴⁶.

En el “*Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) Vs. México*” de 2009⁴⁷, la Corte IDH se expide sobre tres femicidios ocurridos a manos de particulares en Ciudad Juárez, utilizando una perspectiva de género en sus fundamentos y análisis⁴⁸. La Corte evalúa minuciosamente su competencia para declarar transgresiones al Artículo 7 de

the failure of the State to exercise due diligence to intervene to stop, sanction and provide remedies to victims of torture facilitates and enables non-State actors to commit acts impermissible under the Convention with impunity, the State’s indifference or inaction provides a form of encouragement and/or *de facto* permission, The Committee has applied this principle to States parties’ failure to prevent and protect victims from gender-based violence, such as rape, domestic violence, female genital mutilation and trafficking.”, Rhonda Copelon, “Gender violence...” Op. Cit.

44. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

45. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia del 25 de noviembre de 2006, Párrafo 303.

46. Citado en Mantilla Falcón Julissa y Uprimny Yepes Rodrigo, “Violencia...” Op. Cit. pág. 134.

47. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Este caso ameritaría un trabajo exclusivo. Aquí sin embargo, le dedico unos pocos párrafos, ya que si bien se trató de violencia cometida por particulares, el tratamiento que hizo la Corte IDH merece ser mencionado -y criticado-. En noviembre de 2001 se encuentran ocho cuerpos de mujeres en un campo algodonerero de Ciudad Juárez, Chihuahua. Tres de ellas, Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, mujeres jóvenes y de escasos recursos, son las víctimas del caso ante la Corte. Desde la denuncia de la desaparición de las víctimas por sus familiares, hasta el hallazgo de sus cuerpos -con señales de golpes y severa violencia sexual-, la actitud de las autoridades fue de minimización del hecho mediante comentarios discriminatorios sobre su género y edad, lo que según la Corte indica una total indiferencia estatal frente al problema. Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Párrafos 196 a 208.

48. Por ejemplo, en el Párrafo 164 de la sentencia, la Corte concluye “que desde 1993 existe un Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos (...) 379 víctimas hasta el 2005. (...) es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según distintas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así con en la respuesta de las autoridades frente a éstos. (...) La Corte constata que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayor grado de impunidad.”

la Convención Belém do Pará⁴⁹ probando finalmente que el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para el caso, principalmente en el momento posterior a las desapariciones y previo al hallazgo de los cuerpos sin vida⁵⁰.

Por el estado de los cuerpos de las tres mujeres, no fue posible probar contundentemente en las autopsias una violación sexual, por lo que la Corte no acentúa el análisis en este tipo de violencia en particular en su fallo, sino que se refiere a la violencia contra las mujeres en general y al deber de debida diligencia del Estado.

Sin embargo, en su voto concurrente, la Jueza Cecilia Medina Quiroga manifiesta su desacuerdo con la falta de consideración como tortura de las acciones en contra de las víctimas por parte de la Corte. Para esto, alega que el elemento central de la figura de tortura es la severidad del sufrimiento físico o mental⁵¹, y no la participación activa, aquiescencia, tolerancia o inacción de un agente del Estado⁵².

Ahora bien, específicamente sobre violaciones sexuales con participación o aquiescencia de agentes del Estado, las sentencias de la Corte IDH a observar, son las recientes recaídas sobre el “*Caso Fernández Ortega y otros vs. México*”⁵³ y el “*Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*”⁵⁴ de 2010. En el primero⁵⁵, la Corte atribuye responsabilidad por la violación

49. Contenido en el Capítulo III “Deberes de los Estados”, el Art. 7 reza: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente (...)” Luego en ocho incisos enumera las obligaciones del Estado en este sentido.

50. Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Párrafos 281 a 286.

51. De acuerdo al criterio de la misma Corte IDH en el caso ‘Bueno Alves c/ Argentina’, y también de la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos (encargado del seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y jurisprudencia del TPEY.

52. Como podría desprenderse de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y una interpretación restrictiva de la letra de la Convención con la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En el párrafo 20 de su voto concurrente, sostiene Medina “Si la Corte hubiera concluido que el Estado era en este caso responsable de la tortura a la que fueron sometidas las víctimas, el Tribunal hubiera seguido la tendencia de otros órganos de supervisión internacionales, ya citados, que han venido instituyendo una tendencia en cuanto a la responsabilidad de los Estados por actos de tortura cometidos por agentes no estatales, lo que, estimo, hubiera constituido un importante desarrollo y aclaración de un tema sobre el cual la Corte con certeza deberá seguir ocupándose”.

53. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf Sentencia del 30 de agosto de 2010.

54. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf Sentencia del 31 de agosto de 2010.

55. Inés Fernández Ortega se encontraba en su casa con sus cuatro hijos el día 22 de marzo de 2002, cuando tres miembros armados del Ejército entraron a su casa sin su consentimiento, mientras otros permanecían en el exterior de la vivienda. Las personas que entraron le apuntaron con armas solicitándole cierta información, sin éxito. Inmediatamente después, la Sra. Fernández Ortega fue obligada a acostarse en el suelo y mientras uno de los militares la violaba sexualmente, los otros dos observaban el hecho. (Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, Sentencia del 30 de agosto de 2010, párrafo 108). Luego, al intentar denunciar la violación frente a las autoridades, la víctima se enfrentó a numerosos obstáculos: desde el idioma –la víctima, indígena, no hablaba castellano y en el Ministerio Público no había traductores- hasta la falta de médicos especializados para la revisión, pasando por la “ignorancia” del hecho perpetrado por militares denunciado de las autoridades del Ministerio Público.

de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada consagrados en la CADH, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará.

La Corte afirma, al igual que la Comisión, que la violación sexual es un acto de tortura. Para esto, recuerda su jurisprudencia en el caso “Bueno Alves Vs. Argentina”⁵⁷ de 2007, en el que establece los elementos constitutivos de la tortura, a saber: a) un acto intencional, b) que causa severos sufrimientos físicos y mentales y c) que se comete con determinado fin o propósito⁵⁷. Los tres elementos se encuentran en el caso de la violación sexual de Inés Fernández Ortega⁵⁸.

En ‘Rosendo Cantú’⁵⁹ la Corte IDH llega a la misma “calificación jurídica” de la violación sexual, es decir, como tortura. Expresamente establece que una violación puede constituir tortura “aún cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos.”⁶⁰

Sobre este punto, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados en la Convención Americana, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Estas sentencias pueden analizarse al menos de dos maneras distintas: por un lado, sería posible pensar que se trata de decisiones con las que la Corte IDH (y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general) estaba en deuda. Más allá de las dificultades de denuncia que muchas veces poseen las mujeres frente a situaciones de violación de derechos humanos, ni la CIDH ni la Corte IDH había dado hasta ahora un tratamiento notable a los casos sobre derechos de las mujeres (si comparamos estos casos

56. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf

57. Corte IDH, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, párrafo 79.

58. En cuanto al segundo elemento, sostiene la Corte que “es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aún cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aún sociales”. (Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, párrafo 124). Sobre el tercer elemento, la Corte considera que en el caso, la violación sexual persiguió el fin de castigar ante el desconocimiento de la información solicitada (párrafo 127).

59. El 16 de febrero de 2002 Valentina Rosendo Cantú de 17 años y perteneciente a la comunidad indígena Me’ phaa, se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio en el Estado de Guerrero lavando ropa. Cuando se disponía a bañarse, ocho militares que pasaban por el lugar trasladando a un civil, se acercaron a ella y la rodearon. Mientras uno la apuntaba con un arma, dos de ellos la interrogaron sobre “los encapuchados” mostrándole fotos y una lista de nombres. Frente a la respuesta negativa de la joven uno de los militares la golpea en el estómago dejándola inconsciente. Cuando logra despertarse los militares continúan el interrogatorio sosteniéndola del cabello y amenazándola, hasta que la tiran al suelo y dos militares la penetran sexualmente mientras el resto observa la situación, alentando y riendo (Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia del 31 de agosto de 2010, párrafo 73).

60. Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México, Sentencia del 31 de agosto de 2010, párrafo 118.

con el tratamiento que han recibido violaciones, por ejemplo, a la libertad de expresión), sosteniendo como hace en “Fernández Ortega” y en “Rosendo Cantú” que la violación sexual es tortura. A pesar de discutir en este trabajo la posibilidad de una mejor estrategia para las mujeres en la conceptualización de las violaciones sexuales como figura autónoma, en lugar de la homologación con la tortura, para el Sistema Interamericano pasar del silencio a la calificación como tortura, es un paso adelante.

La dificultad en la denuncia puede deberse también a las dificultades para la incidencia que enfrentan organizaciones de mujeres y activistas de derechos humanos, en el sistema interamericano, o bien a que aquellas organizaciones que tienen la incidencia y los medios necesarios como para mantener un caso ante la CIDH y la Corte, no poseen interés en casos que se relacionen con violaciones a derechos de las mujeres.

Como sea, las violaciones a los derechos de las mujeres siguen aún muchas veces impunes, y los problemas vigentes. Siempre hay un problema más importante, una violación a los derechos humanos más grave o más urgente. Las mujeres quedan así, por distintos factores, postergadas en tanto “humanas”. Los tratados, convenciones, conferencias internacionales y jurisprudencia que declaran que los derechos de las mujeres son derechos humanos, parecen ser aún una mera expresión de deseo (en la mejor interpretación) o una frase políticamente correcta para calmar demandas urgentes, que rara vez se traduce en acciones y políticas concretas (en la peor).

Estas sentencias podrían ser un punto de inflexión en la jurisprudencia interamericana sobre derechos de las mujeres y violencia sexual, si la voluntad y el interés político por estas temáticas continuara.

Parece haber algunas problemáticas más lejanas que otras de ser consideradas una prioridad en la agenda política de los Estados. ¿Es la violencia contra las mujeres una de ellas? ¿Lo es la violencia sexual?

Con la reapertura de los juicios por delitos de lesa humanidad, Argentina tiene la oportunidad de enfrentar—entre otras— estas preguntas. Los tribunales pueden decidir qué decir sobre violencia sexual, violación, derechos humanos de las mujeres; en definitiva, si seguir o no los caminos abiertos en las instancias internacionales e interamericanas antes esbozados.

V. El caso Argentino: dictadura militar, juicios y violencia sexual

A partir de la declaración de inconstitucionalidad de las “leyes del perdón” y la convalidación de la Ley 25.779 por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶¹, se ha abierto en todo el territorio argentino una nueva etapa de los juicios por delitos de lesa humanidad cometidos en el gobierno de facto 1976-1983. Muchas personas prestan su testimonio del horror vivido y nuevas sentencias establecen ‘cárcel común’ a distintas

61. Me refiero a lo establecido por la CSJN en “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768” 14/06/2005 La larga historia que antecede a esta sentencia de la Corte Suprema argentina, está compuesta por distintos avances y retrocesos a partir de decisiones políticas y jurídicas a lo largo de más de veinte años, cuya descripción y análisis excede los fines de este trabajo.

jerarquías de la fauna de la última dictadura militar. Los querellantes y testigos tienen la oportunidad de hablar –muchos por primera vez- sobre lo ocurrido durante el cautiverio, en el marco de un juicio oral y público⁶².

La violencia sexual no había sido un eje de denuncia o visibilización en estos años. Ni se hablaba de ello, ni se consideraban las violaciones y abusos sexuales a las detenidas desaparecidas como un elemento integrante del plan sistemático de terror.

El informe “Nunca más” de la Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas (CONADEP), con el principal objetivo de conocer el destino de los desaparecidos, logró recopilar distintos testimonios, esenciales para dar cuenta de la sistematicidad de las violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, las denuncias específicas sobre violaciones sexuales o bien quedaban subsumidas implícitamente dentro de los relatos sobre “las torturas”, o bien quedaban en el silencio, sea por vergüenza y humillación, sea por considerar que había sido algo “privado” que no se debía denunciar públicamente⁶³, sea incluso por sentir “culpa”⁶⁴.

Es más, a pesar de que el delito de violación sexual (junto al robo de bienes de las víctimas y la apropiación de bebés) había quedado excluido de las “leyes de impunidad”⁶⁵, y por lo tanto abierto el camino judicial para perseguir a los responsables; no se presentaron casos, ni tampoco las organizaciones de derechos humanos y/o de mujeres asumieron activamente este tema en particular⁶⁶.

62. “El análisis de la experiencia de los años ochenta ha demostrado que el objetivo general de probar la represión ilegal opacó las vivencias individuales que, aunque innegablemente mencionadas por los testigos y recuperadas (...), quedaban en un claro segundo plano frente a la dimensión amplia del plan sistemático de desaparición y exterminio”. Balardini, Lorena, Oberlin, Ana y Sobredo Laura, *Violencia de género y abusos sexuales en centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina*, Disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/Balardini-Oberlin-Sobredo.pdf>, Pág. 3.

63. Ver Obra colectiva de 112 prisioneras políticas entre 1974 y 1983 *Nosotras, presas políticas*, Ed. Nuestra América, 2006. En palabras de Balardini, Oberlin y Sobredo “(...) en general al prestar declaración testimonial no se les pregunta a las/os deponentes particularmente si fueron víctimas de violencia sexual durante su detención y sí se les consulta respecto de otros delitos (robos, torturas, ingresos violentos a sus domicilios, etc.). En los escasos procesos penales en que las víctimas han declarado haber padecido agresiones sexuales, estas denuncias fueron efectuadas de manera espontánea por quienes las sufrieron”, *Violencia de género...* Op. Cit., pág. 13.

64. “Existe una imposibilidad de hablar abiertamente de los abusos o forzamientos sexuales y aún de la violación, por el dolor, la vergüenza, la descalificación y el desprecio que pueden producirse por parte de los compañeros de las víctimas. A diferencia de otros delitos, los crímenes de violencia sexual producen el efecto de que además del trauma experimentado (sentimientos de culpa, inseguridad, indefensión y angustia) dar a conocer lo sucedido puede derivar en su desprecio o repudio. En este sentido, las mujeres temen su destierro emocional y físico” Barbuto Valeria y Moreyra María Julia, “Los procesos de reparación y la violencia sexual contra las mujeres en Argentina” en *Sin Tregua*, Op. Cit., pág. 58-59.

65. Me refiero a la Ley 23.492 (punto final) y a la Ley 23.521 (obediencia debida).

66. Ver Barbuto Valeria y Moreyra María Julia, Op. Cit., pág. 48 y pág. 64. Estas autoras citan en este trabajo algunas opiniones de los entonces diputados y senadores, acerca de los fundamentos de la exclusión de la violación sexual. No parece haber un fundamento de peso que justifique el haber elegido estos delitos y no otros. En mi opinión, sin embargo, existe un posible hilo conductor de los tres delitos sobre los que se podían continuar o iniciar acciones judiciales (violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles): los tres delitos tienen que ver con una cierta idea de propiedad patriarcal y liberal. En el caso de las violaciones sexuales, implicaría una objetivación de los cuerpos de las mujeres.

Pero a partir de abril de 2010 se abre un nuevo capítulo. En esa fecha, el Tribunal Oral Federal de Santa Fe condena al ex agente civil de inteligencia Horacio Américo Barcos a once años de prisión⁶⁷. Por primera vez, se consideró que la violencia sexual contra mujeres víctimas del terrorismo de Estado, debía ser considerado un delito de lesa humanidad. Dice la sentencia:

“(…) resulta comprensible que la misma no haya mencionado en anteriores presentaciones tal padecimiento, pudiendo hacerlo recién luego de superar la vergüenza y humillación que implica haber sido sometida a semejante práctica degradante, que lamentablemente parece haber sido habitual en hechos como los que aquí se juzgan.

Por ello consideramos que la violencia sexual soportada por las víctimas de estos aberrantes crímenes, también constituye una forma más de tormentos, y por ende corresponde encuadrar tales hechos en dicha figura penal, constitutiva de crímenes contra la humanidad.” (Sentencia N° 08/10, Considerando Noveno, 3-a)

Lo que resalta el tribunal en el primer párrafo transcripto, coincide con lo que mencionábamos más arriba sobre el silencio de las mujeres⁶⁸, de las organizaciones y de la justicia frente a este tipo de delitos. Pero además, la sentencia menciona el Art. 7 del Estatuto de Roma, así como jurisprudencia del TPEY y del TPIR, fortaleciendo de esta forma el argumento de las violaciones sexuales como violaciones a los derechos humanos, aunque en la consideración transcripta se las incluya como “una forma más de tormentos”.

Luego de “Barcos”, la segunda causa en condenar también por delitos sexuales fue “Molina, Gregorio Rafael s/ Inf. Art. 80 inc. 2 y 6 y art. 119 y 120 del C.P.” de Mar del Plata, en la que se tomó el siguiente criterio, en línea consonante con la decisión santafesina: si la violación se comete en ocasión de la ejecución de un plan sistemático de exterminio, constituye un crimen de lesa humanidad. El 9 de junio de 2010 Gregorio Rafael Molina, ex jefe de la Base Aérea de Mar del Plata, fue condenado a prisión perpetua por homicidio agravado, violaciones reiteradas agravadas, privación ilegítima de la libertad y tormentos agravados. Esta consideración se debió, entre otros factores, a los testimonios de distintas mujeres⁶⁹.

En la sentencia, por ejemplo, es posible leer la siguiente declaración de una de las víctimas de violaciones en ‘La Cueva’ de Mar del Plata:

“En un momento, cuando se hace el Juicio de la Verdad, ... yo declaré sobre toda la situación ... y **pedí en privado declarar yo sobre la violación..., porque era algo**

67. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe, “Barcos, Horacio Américo s/ infracción arts. 144 bis inc. 1°, 142 inc. 1°, 144 ter 2° párrafo, y 55 del Código Penal”.

68. Barbuto y Moreyra, Op. Cit., pág. 57, sostienen que puede pensarse en la existencia de un “proceso de invisibilización” sobre el tema.

69. “Cuando ese hombre de uniforme me violaba, era la Patria la que me violaba”, dijo una de las sobrevivientes en una audiencia, en Caso Gregorio Rafael Molina: violaciones, delito de lesa humanidad, en El Atlántico del día 10/06/2010, www.diarioelatlantico.com

que me debía a mí, que era mío, que era la única víctima declarando y por todas las mujeres que hoy no están, que estuvieron conmigo y que también fueron violadas... , dentro del horror que había en los campos de concentración, **una violación parecía como algo secundario**, ante la muerte de mi marido, ante todo lo que (se) daba allí adentro, ante la muerte de los Abogados, todo el horror, eso era como que quedaba en segundo término... ”⁷⁰ (Sentencia del 9 de junio de 2010, Considerando III, punto 3).

Previo a estas sentencias, el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Martín había considerado en la causa “Riveros, Santiago Omar y otros por privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidio, etc.” que las violaciones sexuales en los centros clandestinos de detención habían sido “eventuales y no sistemáticas”, por lo que dictó la falta de mérito sobre este delito en particular.

Frente a este resultado, las organizaciones de mujeres CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer) e Insgenar (Instituto de Género, Derecho y Desarrollo) presentaron un *Amicus Curiae* a fin de acercar a la justicia argumentos de peso sobre la consideración como delito contra la humanidad de las violaciones y ataques sexuales⁷¹. Entre ellos, se destacan los que se apoyan en jurisprudencia del TPEY⁷² y del TPIR. Así, para probar que las violaciones no fueron “eventuales”, se afirma que lo que se requiere para que un simple acto se convierta en delito de lesa humanidad es que los acusados hayan tenido conocimiento del contexto general de ataque planificado y hayan actuado en consecuencia.

Estas decisiones y testimonios indican que cada vez más sobrevivientes de los centros clandestinos de detención están comenzando a relatar sus experiencias durante el cautiverio, más mujeres están comenzando lentamente a hablar sobre la violencia sexual soportada, distintas organizaciones de mujeres y de derechos humanos están visibilizando el tema, y cada vez más medios de comunicación destacan con notas y entrevistas su importancia⁷³.

70. El resultado me pertenece.

71. “Suponiendo que las violaciones y otros tipos de violencia sexual no hubieran sido generalizadas, **se cometería un grave error en la aplicación de la doctrina y jurisprudencia prevalecientes, si se exigiera que las violaciones sexuales fueran numerosas, sistemáticas y constaran en órdenes escritas para ser consideradas crímenes de lesa humanidad**. Al respecto, es unánime la consideración de que **lo que tiene que ser sistemático no son los crímenes, sino el ataque o conflicto que hacen parte del contexto en el que se están cometiendo dichos crímenes**.” (El resaltado está en el original). *Amicus Curiae* de CLADEM e Insgenar presentado en la causa “Riveros, Santiago Omar y otros por privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidio, etc.”, pág. 13-14.

72. En el caso Tadic (1997) el TPEY sostuvo que “un simple acto de un perpetrador, tomado dentro de un contexto de ataque extendido y sistemático contra la población civil, entraña responsabilidad criminal individual y un perpetrador individual no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable. (...) aún un acto aislado puede constituir un crimen contra la humanidad si es el producto de un sistema político de terror y persecución”.

73. Por ejemplo: *La violencia sexual también es delito de lesa humanidad*, en *lapluma.net* del 29 de abril de 2010; Piden que delitos sexuales en la represión sean de lesa humanidad, en *tiempo.elargentino.com* del 9 de agosto de 2010; *El crimen silenciado*, en Página 12 del 17 de enero de 2011. Este artículo fue escrito entre enero y febrero de 2011 y revisado por última vez en julio del mismo año. Con certeza -o mejor, férrea expectativa- se continuarán produciendo documentos, testimonios, artículos periodísticos y casos judiciales en este sentido.

El valor de las mujeres para relatar sus experiencias está produciendo un nuevo camino de los juicios en Argentina. Poder relatar y denunciar –muchas veces mirando a la cara a sus propios violadores- en el marco de un proceso judicial, es decir, en pleno “espacio público” es romper con la división/jerarquización/sexualización de los espacios.

Las violaciones, típicos delitos “privados”, temerosamente invisibilizados y muchas veces silenciados, cobran hoy un nuevo significado, y ya algunas sentencias están dando cuenta de ello. Sin embargo, tratarlas bajo la etiqueta de “torturas” en general puede significar esconderlas nuevamente⁷⁴. De ahí la trascendencia en la utilización de elementos de los enfoques teóricos de ‘violación como sexo’ y de violencia sexual, y la importancia de la explicitación del carácter autónomo como violación a los derechos humanos, de las violaciones sexuales.

VI. A modo de conclusión: ideas para seguir cantando

‘Conceptualizar es politizar’, afirmaba Kate Millet en 1969. Conceptualizar la violencia que han resistido (y resisten) las mujeres, poder nombrarla como violencia y denunciarla, es una conquista del movimiento de mujeres. Visibilizar que “lo personal es político” y la violencia “privada” es un asunto tan “público” y urgente para el Estado como cualquier otro, ha formado parte de la agenda feminista durante décadas en todo el mundo.

A pesar del profundo dolor, vergüenza, humillación o hasta culpa, son las mujeres las que están comenzando a relatar en los juicios sus experiencias de violaciones y abusos sexuales durante la última dictadura militar, buscando justicia también por estos hechos y abriendo un nuevo camino en la búsqueda de verdad y castigo para los culpables en Argentina.

Si el primer lugar que se habita es el cuerpo y por lo tanto es también el primer espacio de resistencia para las mujeres, es importante cuidar la forma en la que estos cuerpos elijen ahora ‘exponerse’ en los juicios, para contar sus verdades. Si sostenemos que puede existir otra forma de justicia y de Derecho, y que los derechos de las mujeres son derechos humanos, es necesario sensibilizar verdaderamente el discurso jurídico, empezando –claro- por nosotros/as mismos/as⁷⁵.

74. Elisabeth Odio Benito, Magistrada de la Corte Penal Internacional, sostuvo en una entrevista: “(...) en el Tribunal para la Antigua Yugoslavia nos tocó traer a la sentencia de uno de los primeros casos en ser juzgados, los delitos de abuso sexual cometidos contra mujeres, y elaborarlo como una forma de tortura, no hubo otra forma. Eso es oscurecer el delito de violación. Y hay quienes, incluso hoy día en legislaciones nacionales –sé de procesos que se están llevando en Argentina-, prefieren hablar de tortura que hablar de violencia sexual. Es parte del mismo fenómeno, de no querer enfrentar estos crímenes por su verdadero nombre.”, transcripción de un fragmento de entrevista realizada por Camila Soto sobre violencia sexual, disponible en www.expresa.la, 2011.

75. “Detrás de todo derecho está la historia de alguien, alguien cuya sangre, si uno lee con atención, escurre entre líneas. El texto no engendra texto, la vida sí. La cuestión, una cuestión de política e historia y por lo tanto de derecho, es la experiencia de quién sustenta qué norma.” MacKinnon Catharine “Crímenes de guerra, crímenes de paz” en *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*. Ed. Trotta, 1998, pág. 88.

De alguna forma, estas mujeres prestando testimonio se transforman nuevamente en actrices políticas, y no simplemente en “compañeras de lucha” de los varones⁷⁶. Al visibilizar la violencia sexual en los juicios, se politiza, frente a los ojos de la justicia, la sexualidad de las mujeres. Esto es en sí mismo un acto de vanguardia y de profunda rebeldía.

Como sostiene Tamar Pitch, estas mujeres se erigen como actrices políticas al mismo tiempo que se declaran víctimas de los abusos, y por lo tanto nace aquí una evidente paradoja: la justicia es veneno y cura⁷⁷, es decir, se reconstruyen como víctimas -aunque ahora bajo sus propios términos y en libertad- para apropiarse de la experiencia. Así, reconstituirse como víctimas (políticas, desde sus propios relatos. Víctima-fortaleza) excluye paradójicamente su condición de víctimas (impuesta desde las acciones de los perpetradores. Víctima-debilidad).

Al elegir cómo se da el testimonio, y en definitiva al elegir hacerlo, hay un acto de resistencia que al ser sexual en la esfera pública (al ser sexual, punto) es profundamente político. El escenario del proceso judicial se potencia al permitir a las mujeres transformarse en protagonistas de procesos de cambio simbólico de incidencia en el plano político; el denunciar en un escenario público, como es un proceso judicial, puede fortalecer la subjetividad⁷⁸.

Pero bien, ¿qué peso tienen los pronunciamientos internacionales e interamericanos en esta tarea? ¿Cuál es la diferencia entre considerar a las violaciones sexuales como tortura o como una violación a los derechos humanos con carácter autónomo?

Acercas de la conceptualización de las violaciones sexuales como tortura, en la misma línea que los pronunciamientos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, es posible pensar algunas objeciones.

El hecho que la CIDH haya utilizado la Convención Belém do Pará por primera vez recién en el año 2000, y que las sentencias que reconocen firmemente que la violencia contra las mujeres (sean femicidios, sean violaciones sexuales) es una violación a los derechos humanos sean relativamente recientes; son indicadores que parecieran mostrar que para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los derechos de las humanas son “derechos de segunda”, siendo postergados durante décadas.

El considerar las violaciones sexuales sólo como tortura, -o en los términos de la discusión conceptual feminista- el considerar a las violaciones sexual como violencia, si bien es un avance en cuanto a la tradición de impunidad de estos delitos, también homogeneiza las violencias, y despolitiza por lo tanto, la violencia sexual y el sexo mismo.

A pesar de lo anterior, el camino del sistema interamericano, marca un punto de apoyo con el que antes no se contaba. Quizás esto constituya un impulso para que los tribunales locales que deben juzgar a aquellos que intervinieron en los crímenes contra la humanidad

76. “Las declaraciones de los sobrevivientes comienzan en este nuevo proceso a ser ya por el propio caso, ya no sólo por los compañeros con los que compartieron cautiverio y cuya desaparición necesitaba acreditarse. Esta situación no puede minimizarse, porque justamente el acento está puesto, por primera vez, en la vivencia personal”, Balardini, Oberlin, Sobredo, *Violencia de género...* Op. Cit., pág. 3.

77. Pitch Tamar, *Un derecho...* Op. Cit. pág. 222.

78. Pitch Tamar, *Un derecho...* Op. Cit. pág. 223.

durante los '70 en Argentina, se fortalezcan e incluyan los delitos sexuales como parte de los ataques sistemáticos y generalizados, método de la represión y del terrorismo de Estado.

Después de Ruanda, Yugoslavia, Colombia, México, Honduras, Argentina, debemos aprender que la violencia sexual no es equiparable a otro tipo cualquiera de violencia. La violación sexual es principalmente sexo. La violación y la violencia sexual es el síntoma visible de un sistema de dominación patriarcal que oprime a las mujeres, construyendo estereotipos, excluyéndolas de los espacios de decisión, y aparentando sin embargo, que los “derechos humanos universales” las incluyen.

Los derechos humanos de las mujeres no se construyen (sólo) desde una sala de reuniones donde un puñado de personas firma un tratado. Se construyen, entre otros espacios, también en los estrados de los tribunales, donde mujeres sobrevivientes miran a la cara a sus violadores y torturadores y relatan a los jueces por qué ese hecho debería importar (porque, sí, todavía hay que explicarlo). Donde las mujeres pueden encontrar una voz para cantar por fin al sol, incluso después de haber vivido bajo la tierra.

* * *

Críticas vacías: la controversia sobre el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Pablo Benjumea Gutiérrez*

Resumen

En los últimos años ha emergido un intenso debate dentro del ámbito jurídico de los Estados Unidos. La Corte Suprema de esta nación, una de las instituciones jurídicas más respetadas del planeta, ha empleado fuentes extranjeras para tomar algunas de las decisiones más controvertidas y públicas de su historia reciente, práctica que ha enfrentado a quienes aprueban y a quienes condenan dicho método de interpretación constitucional.

Las críticas intensas e inclementes – principalmente de parte de los conservadores – no se han hecho esperar, cuestionando el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia por diversos motivos. Sin embargo, tras un estudio de las sentencias mismas, así como de la historia de la Corte Suprema, y de la tradición legal y jurisprudencial de los Estados Unidos, es necesario concluir que dichos ataques son, por lo menos, exagerados. Este artículo sostiene la tesis de que las críticas en contra del uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos carecen de verdadero rigor, y que no existen motivos en la actualidad para rechazar la práctica.

Palabras clave. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Jurisprudencia extranjera. Originalismo. Excepcionalismo norteamericano. Discreción judicial.

* Abogado de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Quisiera agradecer al profesor Esteban Hoyos Ceballos por sugerir la importancia de este tema y por acompañarme con paciencia en su entendimiento.

Introducción

No cabe duda de que la Constitución es el documento jurídico y político fundamental de un Estado. De ella se deriva la validez de todas las demás normas y es el norte hacia el cual debe tender el país en su búsqueda de la prosperidad. La Constitución sienta las bases de un Estado-Nación y tiene funciones de diversa índole, a veces contradictorias. Por un lado, la Constitución faculta al Estado para realizar infinidad de actuaciones, pero por otro, lo limita de llevar a cabo ciertos actos. Y, al mismo tiempo, la Constitución sirve para facilitar los procesos democráticos; es expresión de los valores y criterios básicos de una nación; evidencia los acuerdos y compromisos de un pueblo en un momento histórico determinado; y, aun, ubica al Estado en un lugar concreto dentro de la comunidad internacional, otorgándole cierta identidad.¹

Por estas labores, pero sobre todo por la preeminencia de la Constitución en los Estados modernos, es natural hoy en día aceptar la revisión judicial en materia constitucional. Ello, sin embargo, no siempre fue así. Antes de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos era uno de los pocos países que permitía a un tribunal cotejar la constitucionalidad de otras normas frente a su Carta Magna.² El Reino Unido – parte de la tradición jurídica del *common law* – se unía a Francia, España, Alemania y otros Estados del *civil law* en proscribir la revisión de sus normas a la luz de una norma superior y fundacional, considerando que ello iba en contra de la supremacía parlamentaria y que era antidemocrático. Pero todo esto cambió con la caída del nazismo. Después del fin de la guerra, los países de todo el mundo vieron la utilidad (y la necesidad) de proteger a sus pueblos de gobiernos autoritarios y mayorías descontroladas. Con esto en mente, hubo una rápida proliferación de tribunales constitucionales alrededor del planeta, que asumieron la importante tarea de velar por la constitucionalidad de las normas emitidas dentro del Estado. Así, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (CSJ) pasó de ser uno de los pocos tribunales constitucionales del mundo a ser uno más en el vecindario. La nueva compañía generó, de manera simultánea, oportunidades de aprendizaje y motivos de alarma.³

Para una corte como la estadounidense, con el rótulo de ser el tribunal constitucional más antiguo del mundo y considerado aún el más respetado y con la más alta legitimidad,⁴ el nacimiento de estos nuevos tribunales significó una fuerte y

1. Vicki C. Jackson, "The Supreme Court, 2004 Term-Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, pp. 123-124.

2. Argentina y Colombia también hacían parte de este selecto grupo de Estados.

3. Ruth Bader Ginsburg, Magistrada, Corte Suprema de los Estados Unidos, "A decent Respect to the Opinions of [Human]kind: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication", Discurso ante la Corte Constitucional de Sudáfrica, *Página web Supreme Court of the United States*, [en línea], 7 de febrero de 2006, disponible en: http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeeches.aspx?Filename=sp_02-07b-06.html, consulta: 13 de agosto de 2010.

4. Adam Liptak, "American Exception: U.S. Court Is Now Guiding Fewer Nations", *New York Times* (17 de septiembre de 2008), [en línea], disponible en: <http://www.nytimes.com/2008/09/18/us/18legal.html>, consulta: 14 de abril de 2010.

permanente referencia a sus decisiones. Puesto que las cortes seminales de otras naciones tenían un buen ejemplo a seguir, las referencias a la jurisprudencia de la CSJ fueron frecuentes.⁵ En la actualidad, empero, esa deferencia ha disminuido.⁶ En los últimos años, las cortes constitucionales del mundo entero han dejado de usar las decisiones de la CSJ como su fuente primaria de jurisprudencia extranjera, atendiendo, en cambio, a países como Canadá. El vecino del norte, a su vez, ha menguado su uso de la jurisprudencia estadounidense, en un ejemplo claro de la tendencia mundial.⁷

Pero más allá de quién sea el líder global en términos de generar que otras jurisdicciones⁸ defieran a sus decisiones (pues no se trata aquí de una especie, algo absurda, de competencia judicial), el punto es que la referencia por parte de una corte a las decisiones de otra corte es una práctica bastante común. Más aun, es un ejercicio ordinario y aceptado por la mayoría de los jueces. En los Estados Unidos, por ejemplo, las altas cortes de los estados se basan permanentemente en la jurisprudencia de otros estados para interpretar sus propias constituciones estatales. Ello no es visto como controvertido, sino como parte natural de la revisión judicial en materia constitucional. Y en cuanto a los Estados-Nación, la situación no resulta distinta. Países como Colombia, Irlanda, Alemania, Sudáfrica, Canadá, Australia, Israel y el Reino Unido hacen uso permanente de la jurisprudencia de otras cortes, empleando estas fuentes para interpretar su Constitución nacional.⁹ Ninguno de estos Estados considera el asunto un sacrilegio, sino más bien una práctica útil y rutinaria.

5. Para una tesis acerca de por qué los Estados jóvenes tienen a citar más las decisiones de otros Estados que los viejos, ver Eric A. Posner, Cass R. Sunstein, "The Law of Other States", *Stanford Law Review*, vol. 59, 2006, pp. 173-174.

6. La disminución del uso de jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos se debe, irónicamente, a su falta de interés en citar a los demás. Al parecer, a las cortes europeas no les sienta muy bien la idea de que ellas citen a la Corte Suprema mientras ésta se olvida de tener en cuenta sus opiniones. Su respuesta ha sido, "¿Por qué debemos nosotros usar sus decisiones, cuando ustedes no usan las nuestras?" Jeffrey Toobin, "Swing Shift: How Anthony Kennedy's Passion for Foreign Law Could Change the Supreme Court", *The New Yorker*, 12 de septiembre de 2005, [en línea], disponible en: http://www.newyorker.com/archive/2005/09/12/050912fa_fact, consulta: 2 de febrero de 2010. Como sentencia lúcidamente Gerald L. Neuman, "[l]os magistrados que declaran al mundo irrelevante para nuestra Constitución, hacen que nuestra Constitución parezca irrelevante para el mundo". Gerald L. Neuman, "The Uses of International Law in Constitutional Interpretation", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 87.

7. A. Liptak, *Op. cit.*, pp. 1, 5.

8. "En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial". Ver sobre esto Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, 12ª ed., Medellín, Dík, 1987, Tomo I, p. 77. La jurisdicción es una empresa y no un territorio. Sin embargo, la acepción empleada a lo largo de este escrito será la cuarta propuesta por el diccionario de la Real Academia Española: territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal. Diccionario de la Real Academia de la Lengua, s.v. "jurisdicción", *Página web Real Academia de la Lengua*, [en línea], disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/>, consulta: 22 de septiembre de 2010.

9. E. Posner, C. Sunstein, *Op. cit.*, pp. 133-135.

En los Estados Unidos, por el contrario, el uso de fuentes extranjeras¹⁰ por parte de la CSJ ha despertado una enorme polémica y ello se debe, principalmente, a tres sentencias recientes de gran trascendencia. La primera de estas decisiones fue *Atkins v. Virginia*¹¹, sentencia en la cual la CSJ consideró que imponer la pena capital a personas con retraso mental era inconstitucional. Luego, en *Lawrence v. Texas*¹², la Corte decidió declarar inexecutable una norma del estado de Texas que prohibía las relaciones sexuales consentidas entre homosexuales. Finalmente, en *Roper v. Simmons*¹³, la Corte decidió que la imposición de la pena de muerte a personas que cometieron delitos cuando eran menores de edad – antes de cumplir los dieciocho años – violaba la Constitución. En los tres casos, la Corte se valió de normas extranjeras para defender su posición, suscitando una de las discusiones más ricas en el campo del derecho constitucional estadounidense de los últimos años.

De acuerdo con la novena edición del Black's Law Dictionary (uno de los diccionarios jurídicos más respetados y consultados de los Estados Unidos), la *ratio decidendi* es “[I] a razón para decidir; el principio o regla jurídica sobre el que se fundamenta la decisión de una corte”.¹⁴ *Obiter dictum*, en cambio, es “[a]lgo que se dice de paso; un comentario judicial hecho mientras se emite una opinión judicial, pero uno que es innecesario para la decisión del caso y, por lo tanto, no configura precedente (aunque se puede considerar persuasivo)”.¹⁵ Teniendo en cuenta ambos conceptos, el peso otorgado por la Corte Suprema de los Estados Unidos a las fuentes extranjeras en las tres sentencias comentadas es difícil de definir: no fueron *la* razón (o, al menos, no la única) para la decisión (puesto que en los tres casos se consideraron numerosas otras fuentes que llevaron finalmente al fallo),¹⁶ pero tampoco fueron simplemente comentarios innecesarios hechos de paso (puesto que de la lectura de los argumentos resulta manifiesto que las fuentes extranjeras

10. El derecho internacional es diferente del derecho extranjero. El derecho internacional es el derecho que los Estados crean para regular las relaciones entre ellos. El derecho extranjero, según el uso en la literatura, es el derecho interno de Estados extranjeros. *Ibid.*, p.165. Sin embargo, dado que para los propósitos de este artículo no existe una diferencia significativa entre ambos, el adjetivo *extranjero* tendrá ambas acepciones. Además, si bien el término *fuentes extranjeras* se refiere a todo tipo de normas jurídicas, en este caso se limitará concretamente a la jurisprudencia (i.e., las decisiones de los tribunales constitucionales de los Estados y de las entidades supranacionales), puesto que éstas han sido las normas usadas por la Corte Suprema en los casos estudiados.

11. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, (2002).

12. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, (2003).

13. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, (2005).

14. Black's Law Dictionary, ed. novena, (2009), s.v. “ratio decidendi”.

15. *Ibid.*, s.v. “obiter dictum”.

16. En *Roper v. Simmons*, por ejemplo, la Corte consideró las prácticas de los cincuenta estados respecto de la imposición de la pena de muerte a menores de edad; después consideró la responsabilidad moral de los menores, notando la capacidad menguada de los jóvenes para controlar sus impulsos y para resistirse a las malas influencias, además del carácter aún en formación debido a la edad, para concluir que la culpabilidad de un menor no era “extrema”; posteriormente, la Corte consideró las edades mínimas para contraer matrimonio, votar y ser jurado en los cincuenta estados, decidiendo que dieciocho (18) era la edad apropiada para la madurez legal. *Roper v. Simmons*, *Op. cit.*

influyeron en el sentido del fallo). Sin embargo, no es exacto sostener que la *ratio decidendi* de una sentencia judicial sea una sola razón, hecho o argumento. En el caso de un acusado de homicidio, por ejemplo, podría ocurrir lo siguiente: si el ente acusador cuenta con un arma de fuego que tiene las huellas del acusado, y además encuentra un cuerpo con dos balas que (la ciencia forense logra demostrar) fueron disparadas del arma mencionada, la condena se fundamentará en dos hechos o razones. El arma por sí sola no logra probar que el acusado asesinó a la víctima, puesto que sus huellas pudieron ser el resultado de limpiar o mover la pistola. Las balas provenientes del arma dentro del cuerpo tampoco son suficientes para determinar que el acusado cometió el homicidio, porque alguien más pudo haber disparado. Juntas se convierten en una prueba contundente. Algo semejante ocurre en el caso de las fuentes extranjeras: es palmario, tras la lectura de las sentencias, que ellas influyeron en el resultado final de la decisión de la Corte. No fueron la única razón, es claro, pero difícilmente algo es la causa exclusiva de un resultado. Lo que sucedió (como ocurre en cualquier proceso complejo de juicio) fue que la Corte evaluó diversas normas, prácticas y pruebas, para finalmente tomar una decisión que reflejara el valor de todas ellas en la situación concreta. ¿Si se hubiese obviado todo lo demás – y sólo restasen las fuentes extranjeras – hubiese ello sido suficiente para llegar a la misma conclusión? Creer que una respuesta afirmativa a esta pregunta define el concepto de *ratio decidendi* es falaz. Por supuesto que las fuentes extranjeras por sí solas no hubieran persuadido a la Corte; pero sin ellas, quizá los magistrados no hubieran tomado la misma decisión. Esta fuerza – una fuerza confirmatoria, convincente, coadyuvante¹⁷ – fue la que tuvieron las fuentes extranjeras en *Atkins*, *Lawrence* y *Roper*.

Por otro lado, el grado con que se usaron las fuentes extranjeras en las tres sentencias fue en aumento: mientras en *Atkins* el magistrado John Paul Stevens apenas incluyó una

17. En este sentido, para empezar, estamos en desacuerdo con la apreciación del profesor Carlos F. Rosenkrantz acerca de que las fuentes extranjeras deben ser simplemente los andamios donde los jueces se apoyan para "(...) expandir sus propias habilidades constructivas, pero que nunca son componentes del trabajo final ni tampoco determinan la forma de lo que se construye" (Carlos F. Rosenkrantz, "En contra de los 'Préstamos' y de otros usos 'no autoritativos' del derecho extranjero", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, núm. 1, octubre 2005, p. 95). Para conservar la línea de la analogía, cabría equiparar las fuentes extranjeras, más bien, a los ladrillos de una construcción: la sentencia, como obra terminada, está compuesta de muchísimas piezas (e.g., la literalidad de las normas, la intención, el precedente, la historia, la estructura, los valores, las consecuencias), dentro de las cuales las fuentes extranjeras representan solamente unos de esos ladrillos, y no soportan – por sí solas – todo el peso de la decisión. No resulta convincente, pues, su conclusión de que "(...) una sentencia que se refiera y apoye sus decisiones en el derecho [extranjero], tendrá la misma fortaleza – o debilidad – que su referencia (...)" (Carlos F. Rosenkrantz, "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, núm. 1, septiembre 2007, pp. 212). Lo anterior sólo sería cierto si se usan las fuentes extranjeras como única fundamentación para una decisión y, además, no se presenta argumentación alguna en favor de su razonamiento, pero esto no es lo que ocurre normalmente (ni lo que se recomienda deba ocurrir), por lo cual la comparación es inexacta. Como en el caso de una edificación, toda la fortaleza o debilidad de la misma no radica en la fortaleza o debilidad de un sólo ladrillo, sino en su conjunto. Así pues, en la fortaleza o debilidad de las fuentes extranjeras no radica toda la fortaleza o debilidad de una decisión, pues ellas son tan sólo parte de la construcción jurídica final y, en consecuencia, llevarán sólo parte de la carga.

referencia a fuentes extranjeras en una nota al pie,¹⁸ en *Lawrence* se dedicó un espacio mayor a las normas externas, y finalmente, en *Roper* la Corte consideró in extenso las decisiones foráneas.¹⁹ Tanto el peso de las fuentes externas en la jurisprudencia, como su aumento paulatino en los tres casos polémicos referidos, han generado un debate intenso en la profesión legal estadounidense.

Dentro de esta batalla de ideas jurídicas, algunos han optado por defender un modelo de *resistencia*²⁰, según el cual el derecho constitucional comparado no tiene nada para aportar a la interpretación de la Constitución estadounidense y, en este sentido, debe ser descartado de plano. A esta posición se opone el modelo de *convergencia*²¹, adoptado por ciertas naciones con constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como Argentina²², India, España²³ y Sudáfrica²⁴, que han incorporado de manera expresa normas de derecho extranjero en sus constituciones. Pero este segundo modelo no parece ser apto para los Estados Unidos, pues su claro *monismo* en el campo del derecho internacional lo aleja de una vinculación tan directa con normas extranjeras. El *dualismo*, en cambio – distinguiendo nítidamente entre las esferas interna e internacional, y considerando que la segunda sólo afecta a la primera por causa de una acción expresa de los actores internos –, es más del tenor de los norteamericanos.²⁵ Para el derecho de los Estados Unidos, los tratados internacionales tienen una jerarquía exactamente igual a la de una ley ordinaria y, como tal, no deben considerarse superiores (o siquiera a la par) de la Constitución.²⁶ En el constitucionalismo estadounidense no existe la concepción de que algunos tratados cuentan con rango constitucional; todos se consideran sub-constitucionales. Por este motivo, la interpretación de la Constitución no está atada, de manera jerárquica, a las prescripciones de dichos tratados.²⁷ Como debe parecer obvio, la fuerza de las normas internas de otros Estados dentro de los Estados Unidos es incluso menor. Simplemente se consideran normas extranjeras, sin ninguna fuerza vinculante más allá de las razones o sensatez de sus disposiciones. Así, es claro que el modelo de convergencia no parece

18. "Así mismo, dentro de la comunidad mundial, la imposición de la pena de muerte para delitos cometidos por personas con retrasos mentales es rechazada abrumadoramente". El magistrado Stevens citó, con esta frase, un documento coadyuvante (*amicus curiae*) de la Unión Europea. *Atkins v. Virginia*, *Op. cit.*

19. En *Roper*, como señala un autor, las fuentes extranjeras fueron protagonistas: ocupan un numeral completo de la opinión de la Corte, y alrededor de veinte por ciento de las páginas. Eugene Kontorovich, *Disrespecting the "Opinions of Mankind": International Law in Constitutional Interpretation*, p. 261, (The Law School of The University of Chicago, Public Law and Theory Working Paper N° 96 2005).

20. V. Jackson, *Op. cit.*, pp. 113-114.

21. *Ibid.*, pp. 112-113.

22. Constitución de la Nación Argentina, 22 de agosto de 1994, capítulo cuarto, artículo 75, numeral 12.

23. R. Ginsburg, *Op. cit.*

24. Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 108 de 1996, sección 39-1.

25. Para una explicación detallada de las diferencias entre monismo y dualismo, ver Tom Ginsburg, Svitlana Chernykh, Zachary Elkins, "Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law", *University of Illinois Law Review*, vol. 2008, 2008, pp. 204-206.

26. Roger P. Alford, "Misusing International Sources To Interpret the Constitution", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 61-64.

27. *Ibid.*, pp. 61-64.

ni conveniente ni posible como oposición al de resistencia. La defensa del uso de fuentes extranjeras sería insostenible desde este esquema.

Así pues, el uso de fuentes extranjeras por parte de la CSJ al interpretar la Constitución no tiene una clara justificación normativa; no puede decirse que la Corte está siguiendo los preceptos del propio texto constitucional al hacerlo, como ocurre en el caso de Argentina, de Colombia, o de Sudáfrica, y que, por ello, es su deber. Pero tampoco es correcto decir que la Corte no puede atender a las decisiones u opiniones de otras jurisdicciones, si ella lo considera pertinente. En lo que respecta a considerar fuentes extranjeras en su jurisprudencia, ni el Ejecutivo ni el Legislativo tienen injerencia alguna: las ramas políticas del Estado no pueden forzar a la Corte a considerar fuentes extranjeras en sus decisiones, pero tampoco pueden prohibirle que lo haga.²⁸ En este sentido, la justificación del uso de fuentes foráneas en los fallos de la Corte se encuentra en otra dirección; ella radica allí, junto a la justificación de cualquier fuente de información en cualquiera de las áreas del conocimiento humano. Su importancia y validez se basa en que pueden arrojar nuevas luces sobre un problema común que han discutido y resuelto (de una forma acertada o errónea) otros jueces en otras jurisdicciones, enfrentando, si bien es claro con matices particulares, las mismas cuestiones fácticas y jurídicas. La razón para atender a lo que tengan para decir las decisiones de otras jurisdicciones es básica: aprender de los demás. Y este aprendizaje no implica una adopción del modelo de convergencia. Pero tampoco la negación rotunda que caracteriza el modelo de resistencia. Se trata, más bien, de un tercer modelo, el de *engranaje*²⁹, según el cual se puede atender a lo que otros dicen y piensan sin someterse por completo a sus designios; se pueden escuchar razones para luego aceptar las que tengan sentido y desechar las demás; se puede, en una frase, ser humilde, para reconocer que otras personas pueden tener algo importante que decir acerca de mi propio problema.

Uno puede estar o no de acuerdo con esta justificación para el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la CSJ, pero la realidad demuestra que un cúmulo notable de juristas no lo está, y de allí surgen las críticas que se examinarán en este artículo. A grandes rasgos, los conservadores³⁰ se oponen a la práctica, mientras los liberales³¹ la

28. G. Neuman, *Op. cit.*, pp. 88, 90.

29. V. Jackson, *Op. cit.*, pp. 114-115.

30. Aunque la caracterización es compleja y merece un esquema más riguroso, un conservador en los Estados Unidos se distingue, grosso modo, por apoyar al Partido Republicano, defender los valores cristianos, rechazar la intervención exagerada del Gobierno en la vida de los ciudadanos y defender la libertad económica. El apoyo a la pena de muerte y al derecho a tener y usar armas, junto con el rechazo al aborto, son algunas de sus posiciones centrales. En la historia de los Estados Unidos, presidentes como Abraham Lincoln, Theodore Roosevelt, Richard M. Nixon, Ronald Reagan y tanto Bush padre como hijo han enarbolado las banderas del Partido Republicano. Actualmente, el cada vez más poderoso *Tea Party* también defiende la causa conservadora.

31. Un liberal en los Estados Unidos, por su parte, se distingue por apoyar al Partido Demócrata, defender los derechos humanos, defender la intervención estatal en la vida diaria y defender el aumento de impuestos y del gasto. El rechazo a la pena de muerte y a la relación entre el Estado y la Iglesia, junto con el apoyo al aborto, son algunas de sus posiciones centrales. En la historia de los Estados Unidos, presidentes como Franklin D. Roosevelt, John F. Kennedy, James Carter, William J. Clinton y el ahora Presidente Barack Obama han sido elegidos en nombre el Partido Demócrata.

apoyan.³² Y esta polarización, tan común en la cultura de los Estados Unidos, también impera al interior de la Corte, donde algunos magistrados hacen parte del ala conservadora, mientras otros son tildados de ultra liberales. Para entender un aspecto básico del funcionamiento del alto tribunal norteamericano, es necesario saber que la institución está compuesta por nueve (9) magistrados que tienen cargos vitalicios y son nominados por el Presidente y luego confirmados por el Senado de los Estados Unidos. Actualmente, cuatro de estos magistrados representan el pensamiento conservador de la Corte, y, como consecuencia, se oponen enfáticamente al uso de fuentes extranjeras en las decisiones de la CSJ. Ellos son el Presidente de la Corte, John G. Roberts Jr. y los magistrados Antonin Scalia, Samuel A. Alito Jr. y Clarence Thomas. Por el lado de los liberales se encuentran los magistrados Stephen G. Breyer, Ruth Bader Ginsburg y las recién llegadas Sonia Sotomayor (la primera magistrada de origen latino en la Corte) – quien reemplazó al magistrado David H. Souter en 2009 – y Elena Kagan (nombrada apenas a mediados de 2010 para reemplazar al retirado John Paul Stevens, también liberal). Estos últimos apoyan el uso de fuentes foráneas en las sentencias de la Corte. El noveno magistrado, Anthony M. Kennedy, es considerado el voto decisivo o “swing vote” de la Corte, pues no se ubica permanentemente con el ala conservadora ni con el ala liberal, y se ha dicho que mientras los otros ocho tienen posiciones determinadas que resultan generalmente en empates (cuatro contra cuatro), Kennedy, con su voto, es quien dice qué es el derecho en los Estados Unidos.³³

La polémica que se ha desatado con las mencionadas sentencias en los últimos años ha sido tanta, que inclusive los propios magistrados han sido blanco de los ataques e improperios por parte de conservadores que critican la práctica. El propio Kennedy – quien votó a favor de la mayoría en las tres sentencias, ubicándose, en estos casos, con los liberales – fue catalogado como “el hombre más peligroso de los Estados Unidos” por el fundador del influyente grupo conservador Focus on the Family.³⁴ De forma similar, las magistradas Sandra Day O’Connor (ya retirada) y Ruth Bader Ginsburg fueron amenazadas de muerte a través de una página de Internet por su apoyo a las fuentes extranjeras como ayuda en las decisiones de la CSJ.³⁵ Y el Congreso de los Estados Unidos no se ha quedado mudo frente a este asunto: el Partido Republicano, descontento con la tendencia, ha intentado promulgar varias leyes que prohíben el uso de fuentes extranjeras en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, aunque sin éxito. Los senadores y representantes han visto el uso de normas externas a su país como una grave vulneración y creen que lo mejor es oponerse a ella con precisas prohibiciones.³⁶ Y es que resulta normal que las

32. Daniel A. Farber, *The Supreme Court, the Law of Nations and Citations of Foreign Law: The Lessons of History*, p. 4, (UC Berkeley, Public Law Research Paper 954359, 2006).

33. Supreme Court of the United States, “Biographies of Current Justices of the Supreme Court”, *Página web Supreme Court of the United States*, [en línea], disponible en: <http://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>, consulta: 25 de agosto de 2010.

34. J. Toobin, *Op. cit.*

35. R. Ginsburg, *Op. cit.*

36. *Ibid.*; D. Farber, *Op. cit.*, p. 7.

ramas políticas tengan opiniones claras y que quieran promover sus propios intereses (los cuales, en el caso del Partido Republicano, están de lado de la eliminación del recurso a fuentes extranjeras). Pero aun el propio Presidente de la Corte, el Magistrado John. G. Roberts Jr., ha sido contundente en su posición: durante las audiencias de confirmación de los magistrados que se celebran en el Senado, el entonces juez Roberts dijo que no estaba de acuerdo con el uso de fuentes de otros países en las decisiones de la Corte, y que creía que había razones importantes por las que dicha práctica era errónea y le generaba preocupación.³⁷

La tesis que se sostendrá en este escrito, sin embargo, es que estas críticas – no sólo las expuestas por el ahora Presidente de la CSJ, sino las principales críticas que se esbozan en contra de la práctica de usar fuentes extranjeras en decisiones de la Corte – son exageradas y carecen de un fundamento sólido. Las críticas fallan en varios aspectos y, aunque atacan la práctica desde diversos frentes, todas ellas tienen algún defecto importante que las torna poco relevantes. Parecen ser, más que comentarios agudos acerca de defectos en el uso de fuentes externas, quejas inanes sobre un modo de proceder en la jurisprudencia que parece ser útil. Pero el punto principal de este ensayo no es tanto una justificación directa de la práctica (un estudio profundo sobre sus méritos sobrepasa el alcance de este artículo). La justificación, si es que ella existe, sería indirecta y tangencial, en el sentido de que se basa en que las críticas que se esgrimen no tienen peso y se haría bien en descartarlas. A este respecto, parece prudente rescatar las palabras de un eximio pensador, cuya apreciación cabe perfectamente aquí:

El tema (...) representa para mí un desafío. Es un desafío a la inteligencia y a la imaginación que yo acepto gustoso aunque con cierta angustia, porque me considero inferior a la tarea y porque la formulación del tema se presta a hacer algunos comentarios. Mi discurso, lo advierto, no es una propuesta, o lo es de forma muy débil. Nada más lejano de mi mentalidad que hacer propuestas. Os ruego por tanto que os contentéis con un análisis de los términos del problema, que pretende no tanto proponer soluciones, como aportar, si es posible, cierta claridad.³⁸

Claro, para poder hacer esto, es necesario, primero, considerar las críticas que existen en la materia y analizar su composición. La tarea, si se permite la analogía, sería una burda forma de tomar las críticas de cerca y ver si son sólidas o porosas, fuertes o débiles, si resisten los embates del mal tiempo, como se haría con cualquier material en un estudio físico. En este orden de ideas, la segunda sección del artículo, que es, a su

37. John G. Roberts Jr., *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong. 200*, citado en: Mark Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law", *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, pp. 1275-1276.

38. Norberto Bobbio, *El tercero ausente* (traducción de Pepa Linares, título original *Il terzo assente*), Madrid, Cátedra, 1997, p. 201.

vez, el centro del escrito, discute las cuatro (4) críticas principales lanzadas hacia el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la CSJ. Y, es importante aclarar desde la partida, la agrupación de estas críticas en estos cuatro apartados es personal. Si bien no es completamente arbitraria en el sentido de carecer de cierta razón, tampoco se trata de una clasificación ortodoxa, que se adecue a los parámetros y las categorías de la academia. Ello es así, precisamente, porque en este tema los parámetros no están bien definidos y se vuelve forzoso realizar clasificaciones y divisiones propias, de acuerdo con criterios particulares. La idea, de nuevo, es hacer un recuento ordenado de las variopintas imprecaciones que hay en la materia, pero no se debe perder de vista que el recuento obedece a gustos y asociaciones propias del autor y que éste puede no ser pacíficamente aceptado por otros. Un problema (si es que puede llamarse así) similar ocurrirá con las traducciones del inglés y las interpretaciones del material estudiado para la realización del artículo. En fin, puesto que se trata de un objeto de estudio realmente novedoso tanto en Argentina como en Colombia, es evidente que ha sido inexorable tomar muchas decisiones que no tienen más fundamento que el criterio, correcto o incorrecto, del autor. Asimismo, los lectores argentinos sabrán perdonar el influjo colombiano que corre por el texto (sobre todo reflejado en aquellas expresiones que seguramente resultarán ajenas a la usanza argentina), el cual se debe, inexorablemente, a la nacionalidad de su artífice.

Así pues, la segunda sección del artículo está dividida en cuatro partes, cada una de ellas referente a uno de los principales ataques contra la práctica, a saber: los motivos históricos para no usar fuentes extranjeras en los fallos; el asunto de la diversidad; los problemas democráticos y de soberanía; y, por último, la discreción judicial. El artículo termina, como es lógico, con una breve conclusión.

Antes de entrar de lleno en el núcleo del trabajo, empero, cabe destacar la importancia del tema para los países de América Latina. El mundo de hoy, particularmente, tiene grandes retos legales por resolver, y precisa de juristas que se sientan cómodos tratando diversos ordenamientos y enfrentando problemas multinacionales. Los Estados Unidos sigue siendo uno de los países con mayor influencia jurídica en el resto del mundo y la importancia de conocer los conceptos jurídicos que allí se discuten es innegable. Si bien el derecho nacional (el argentino o el colombiano, según sea el caso) es el mar en el que cada uno se mueve la mayor parte del tiempo, ese mar se une en muchas ocasiones con otros mares, autónomos pero interrelacionados, en los cuales es vital saber nadar. Algunas veces es difícil discernir dónde acaban las aguas nacionales y donde comienzan las extranjeras, pero si se pretende ser un abogado competente, es necesario moverse con fluidez entre ellas, sin detenerse a mirar si se cruzó la frontera.

Pero la justificación para este trabajo también reside en la importancia jurídica y política de los Estados Unidos para el resto del mundo. Desde la Declaración de Independencia de 1776 hasta las medidas adoptadas tras la caída de los mercados financieros en 2008, la historia jurídica y política de los Estados Unidos ha moldeado a muchas otras naciones, instituciones supranacionales e incluso grupos privados. El desarrollo de los derechos humanos y del sistema de las Naciones Unidas, las libertades en materia financiera (y las regulaciones correlativas), el derecho de los consumidores y la revisión judicial son tan sólo algunos de los temas más relevantes en los cuales Estados Unidos ha jugado un papel primordial. El mundo, así muchos no quieran aceptarlo, todavía se sacude cuando

los Estados Unidos tiembla. Sus cambios jurídicos y políticos son una guía para muchas democracias menos desarrolladas.

El debate sobre la reelección presidencial en Colombia, por ejemplo, estuvo marcado por una constante mención de la estructura constitucional norteamericana, que permite la reelección presidencial inmediata por una sola vez. El derecho penal colombiano, así mismo, ha tenido una evolución hacia penas más duras, apelando a las políticas criminales de los Estados Unidos. Lo mismo puede decirse del derecho procesal penal en varios países latinoamericanos. Y cuando se trata de redactar normas nuevas sobre propiedad intelectual, valores o sociedades comerciales, el legislador mira primero hacia el norte para buscar inspiración. No es fortuito que la ley que creó la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) en Colombia se asemeje a la normatividad de las sociedades en el estado de Delaware.

En Argentina, del mismo modo, la cultura jurídica de los Estados Unidos ha fungido como un faro desde el siglo XIX.³⁹ La Constitución argentina de 1853, en vez de emular las constituciones de Chile y Perú, fue elaborada siguiendo muy de cerca la estructura de poderes de la Constitución estadounidense. Así, la Carta argentina de entonces estaba estrechamente ligada al derecho constitucional de los Estados Unidos en materias como su supremacía normativa, su rigidez, el bicameralismo, el sistema federal y el papel de la rama Judicial. Aun más, como explica el profesor Carlos F. Rosenkrantz, “[l]a expectativa general de quienes forjaron [la] historia constitucional [argentina] era que las interpretaciones sustantivas de la constitución norteamericana deberían ser vinculantes también en la Argentina”. Con esto se perseguía una fuente de autoridad suprema que eliminara la divergencia de interpretaciones y que sirviera como criterio de cierre. Y Argentina no sólo ha mirado hacia los Estados Unidos para definir la estructura del Estado: los derechos fundamentales reconocidos en aquella nación demuestran cierta cercanía con algunas de las enmiendas de la Constitución norteamericana, y la Corte Suprema argentina se ha valido del razonamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en múltiples casos.

En el mundo del derecho, pues, los Estados Unidos sigue siendo una potencia. Por ende, no es únicamente prudente, sino necesario, estudiar con atención los fenómenos relevantes que allí se discuten. La idea es estar preparados y tener una posición ilustrada cuando el tema surja en latitudes propias, para no simplemente copiar políticas públicas o prácticas que parecen modernas y elegantes, sino tomar decisiones sabias, educadas y con argumentos. Con todo, tanto en Colombia como en Argentina, el tema presentado aquí resulta de importancia.⁴⁰

39. Ver sobre esto, C. F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’”, *Op. cit.*, pp. 72-79.

40. Tan trascendente a los ojos de los argentinos ha sido esta práctica, que incluso en esta misma revista se han publicado cuatro artículos previos sobre el tema. Mientras los profesores Rosenkrantz y Filippini se enfrentaron por el uso del derecho internacional de los derechos humanos en diversas jurisdicciones (lo cual constituye sólo un aspecto concreto de la discusión general planteada en este trabajo), los profesores Mariela Puga y Máximo Lenusse N. fueron coautores de un artículo sobre filosofía jurídica, enfocado a la autoridad legitimadora del derecho. Pese a que todos tienen algo que decir sobre la cuestión aquí planteada, el presente escrito es claramente discernible de los mencionados en cuanto a su aspiración y enfoque.

Las Críticas

a) Las razones históricas

Una de las líneas de ataque más comunes y persistentes tiene que ver con los motivos históricos para no usar fuentes extranjeras en la jurisprudencia norteamericana. Así, esta crítica sostiene, principalmente, dos tesis: primero, que el uso de fuentes extranjeras por parte de la CSJ es una idea nueva, progresista, que rompe con las tradiciones del alto tribunal y que va en contra de su costumbre judicial; y segundo, que dicha práctica va en contra del entendimiento y la interpretación original de la Constitución estadounidense, según el pensamiento y los propósitos de los fundadores de la nación (lo que se conoce como la posición *originalista*).

Es común escuchar réplicas al uso de fuentes extranjeras que se basan en el argumento de que ésta es una idea liberal del nuevo milenio, que no tiene antecedentes en las decisiones de la Corte y que viola toda la tradición judicial de los Estados Unidos. Algunos académicos que se oponen a la práctica aseveran que decisiones como *Atkins*, *Lawrence* y *Roper* carecen de precedente en el derecho constitucional.⁴¹ Los conservadores, en general, sienten que catalogar la práctica como progresista y novedosa es una defensa sólida en contra suya.

La historia, irónicamente, no está de su lado. Los profesores Steven G. Calabresi y Stephanie Dotson Zimdahl escribieron un artículo académico de ciento sesenta y cuatro (164) páginas con los resultados de su investigación acerca de la tradición de citar normas extranjeras en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde 1793 y la extensión del texto no es casualidad. Se debe, justamente, a que encontraron numerosas referencias del uso de fuentes extranjeras por parte de la Corte, concluyendo que la práctica tiene orígenes muy lejanos.⁴² Las sentencias que utilizan referencias a normas de jurisdicciones externas a los Estados Unidos se pueden hallar desde los primeros años de la CSJ. Los magistrados de la época se sentían tan cómodos con las citas de fuentes extranjeras que las usaban en su idioma original, sin proveer traducción al inglés.⁴³ En este sentido, los profesores Calabresi y Zimdahl descubrieron que las citas a fuentes extranjeras usaban un abanico amplio: desde las leyes y prácticas de otros Estados (principalmente los europeos), pasando por los conceptos de los abogados y pensadores de entonces, hasta las decisiones de las cortes británicas. Ello se pudo deber, entre otras cosas, a que la naciente nación norteamericana no contaba con una gran variedad de doctrina y jurisprudencia de calidad en materia jurídica, lo cual hacía prudente mirar hacia el pensamiento jurídico extranjero.⁴⁴ Pero sin

41. Michael D. Ramsey, "International Materials and Domestic Rights: Reflections on *Atkins* and *Lawrence*", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 71-72.

42. Steven G. Calabresi, Stephanie Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, citado en: D. Farber, *Op. cit.*, pp. 15-16.

43. *Ibid.*

44. D. Farber, *Op. cit.*, p. 2.

importar cual fuera el motivo para estas referencias en la germinal institución judicial, el estudio demuestra que quienes creen que se trata de algo nuevo están equivocados. El propio Calabresi, cofundador del grupo conservador Federalist Society y quien se opone a la práctica de citar fuentes extranjeras en decisiones de la CSJ, explica que “[l]a Corte Suprema lo ha venido haciendo básicamente durante toda nuestra historia, y con cierto grado de gusto”.⁴⁵

Aun cuando se trata de interpretar la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos⁴⁶ – como fue el caso tanto en *Atkins* como en *Roper* –, la CSJ ha sabido emplear opiniones externas para decidir qué se considera “cruel e inusual” en términos de castigo.⁴⁷ Con esto, puede decirse sin vacilaciones que la Corte ha seguido su propia historia en las tres sentencias controvertidas al valerse de las ideas de otros para llegar a una conclusión. Y si bien el hecho de que un fenómeno tenga una larga tradición no lo hace per se adecuado, sí torna difícil la tarea de hacerlo pasar por una moda que puede acarrear resultados desastrosos para el país. Al concluir que la práctica se ha venido empleando por doscientos años (como sugiere el título del artículo de Calabresi y Zimdahl), por lo menos es evidente que la carga de la prueba queda del lado de quienes sugieren que es nada menos que el Armagedón. Además, si el ejercicio en cuestión representa amenazas tan graves para la democracia, la soberanía y el derecho estadounidense en general (asuntos que se tratarán en secciones siguientes), no queda más que preguntarse cómo ha sobrevivido la nación durante todo este tiempo intacta y sin sucumbir ante tan inminente peligro.⁴⁸ Parecería, con todo, que los gritos de alerta son sobredimensionados.

La segunda corriente de críticas históricas proviene de una escuela interpretativa denominada *originalismo*. Para el originalismo, la Constitución de los Estados Unidos de América se debe interpretar exclusivamente teniendo en cuenta el significado que le dieron los Padres Fundadores de la nación al momento de su elaboración en 1788,⁴⁹ el que tuvieron al momento de la promulgación de la Carta de Derechos⁵⁰ en 1791 o, a lo sumo, el sentido de la Carta cuando se aprobaron las enmiendas de la reconstrucción, entre 1865 y 1870.⁵¹

45. A. Liptak, *Op. cit.*, p. 4.

46. “No se requerirá fianza excesiva, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirá castigo cruel e inusual”. Constitución de los Estados Unidos de América, VIII Enmienda. The U.S. National Archives and Records Administration, “The Bill of Rights: A Transcription”, *Página web The National Archives*, [en línea], disponible en: http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html, consulta: 12 de octubre de 2010.

47. V. Jackson, *Op. cit.*, pp. 109-111.

48. D. Farber, *Op. cit.*, pp. 2, 4.

49. La Constitución de los Estados Unidos fue firmada en 1787 por los delegados a la Convención Constitucional en Filadelfia, pero ratificada por los estados en nombre del pueblo en 1788. The U.S. National Archives and Records Administration, “A More Perfect Union: The Creation of the U. S. Constitution”, *Página web The National Archives*, [en línea], disponible en: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_history.html, consulta: 12 de octubre de 2010.

50. El término en inglés es *Bill of Rights*.

51. Para una descripción completa de la posición originalista, ver, entre otros, John O. McGinnis, “Foreign to Our Constitution”, *Northwestern University Law Review*, vol. 100, 2006; D. Farber, *Op. cit.*; John C. Yoo, “Peeking Abroad? The Supreme Court’s Use of Foreign Precedents in Constitutional Cases”, *University of Hawaii Law Review*, vol. 26, 2004.

Esto quiere decir, grosso modo, que el significado de la Constitución en 2011 debe ser el mismo que dispusieron Jefferson, Hamilton, Adams y compañía cuando redactaron y ratificaron el documento de constitución del Estado hace más de dos siglos. Lo que para ellos representaban las instituciones del Estado (e.g., los poderes y facultades de cada una de las tres ramas) o los derechos fundamentales de los estadounidenses (consignados en las primeras diez enmiendas de la Constitución) debe ser el sentido que se les dé hoy en día. La Constitución, pues, debe ser leída literalmente según lo que quería decir al momento de su creación (y en los dos momentos subsecuentes mencionados), puesto que el originalismo considera que apartarse de las intenciones de los padres de la patria es *actualizar* el texto constitucional y, ergo, violarlo.⁵²

Bajo esta postura, los críticos del uso de fuentes extranjeras sostienen que dicha práctica no se compadece con la intención de los patriotas estadounidenses, quienes rechazarían de plano el recurso a normas externas al momento de interpretar la Constitución. Para los originalistas, mirar hacia jurisdicciones ajenas va en contravía de las intenciones de la Carta, puesto que, según ellos, los juristas que la diseñaron no contemplaron jamás el recurso a conceptos de derecho extranjeros. Como se explicará enseguida, esta noción es del todo anacrónica.

La verdad del asunto es que los Estados Unidos se ha vuelto más miope de lo que era durante los primeros años de su existencia, cuando alzaba la vista sin temor hacia el horizonte. El provincianismo contemporáneo no era un rasgo de los primeros estadounidenses. En parte debido a que los Estados Unidos no tenía todavía muchos desarrollos en el campo jurídico, y en parte porque los juristas de la época tenían otro entendimiento del derecho, tener en cuenta las opiniones de personas y jurisdicciones extranjeras era natural. En este respecto, es posible cometer dos errores igualmente graves pero muy diferentes: primero, asumir que hace dos siglos las personas (los juristas) tenían la misma concepción moderna del derecho como proveniente de un soberano determinado y específico; y segundo, creer que en aquella época nadie era tan cosmopolita e internacionalista como ahora, debido a que (y esto es cierto) la tecnología y las comunicaciones eran menos avanzadas.⁵³

Si el argumento que se piensa usar en contra de las referencias a fuentes extranjeras es la costumbre jurídica del momento cuando se fundaron los Estados Unidos, es necesario decir que aquel pensamiento apoyaba dichos recursos. Los líderes políticos y jurídicos de la época de la revolución estadounidense (entre los cuales están, e.g., Hamilton, Adams y Jefferson) solían leer de manera regular a varios maestros del derecho europeo continental, como Hugo Grotius, Samuel Puffendorf y Emmerich De Vattel.⁵⁴ Estos escritores influenciaron de manera sustancial el razonamiento jurídico de los ilustres americanos, apelando al derecho natural como parte intrínseca del *Derecho* (en su conjunto). Para

52. Eric A. Posner, Cass R. Sunstein, "On Learning from Others", *Stanford Law Review*, vol. 59, 2007, pp. 1311.

53. D. Farber, *Op. cit.*, p. 8.

54. *Ibid.*, pp. 8-10.

Grotius, Puffendorf y DeVattel, el derecho natural era parte fundamental del derecho per se, y los argumentos propios de aquél hacían parte básica de éste, sin que ello fuere motivo de controversia. Es obvio que los tiempos han cambiado en ciertos aspectos y las teorías del derecho natural no tienen la mejor acogida por los juristas respetados del mundo. Pero para los Padres Fundadores de los Estados Unidos, citar fuentes extranjeras era corriente.⁵⁵

Ellos se valían, sobre todo, de una fuente del derecho que no tiene paralelo hoy: el *Ius Gentium* o derecho de gentes. Si bien esta institución provenía de Roma, los juristas del siglo dieciocho le habían incorporado fuentes jurídicas diversas, como el derecho natural, el derecho internacional público e, incluso, el derecho comercial. Al comienzo de la república estadounidense, no había una distinción clara entre el derecho extranjero y el derecho interno. Muchas normas – incluyendo la importantísima *lex mercatoria* – tenían una naturaleza ambigua, en el sentido de que eran tanto normas que regulaban las relaciones entre Estados, como normas propias de países concretos, incluyendo a los Estados Unidos.⁵⁶ El *Ius Gentium* tenía un alto contenido moral y se pensaba que debía valer tanto para personas de naciones distintas, como para el trato entre los mismos Estados, pues se fundamentaba en las mismas normas de bondad y justicia que debían ser respetadas por todos. Es innegable que, de llegar el caso, el derecho positivo prevalecía sobre una norma moral oscura; pero lo más común era que las normas jurídicas germinaran de normas de derecho positivo junto con normas morales. Así pues, para personas como Thomas Jefferson o Alexander Hamilton, no era crítico hacer una distinción entre las fuentes de derecho que empleaban, bien fueran normas del *common law*, de derecho internacional, o morales. Los *Framers* eran mucho menos aislados del resto del mundo de lo que quieren hacer creer ahora los conservadores. Su uso del *Ius Gentium* así lo prueba. Dicha herramienta, además de ser un recurso diario de los abogados en sus argumentos, servía para llenar vacíos de las zonas de penumbra y era un mecanismo interpretativo valiosísimo. La idea de cambiar esa práctica, entonces, no resulta muy apegada a la concepción *original*.

A la idea del originalismo se opone otro método (concepción) de interpretar la Constitución, denominado *constitucionalismo vivo*. Esta segunda corriente sostiene que la Constitución no se debe entender según las ideas o pensamientos imperantes al momento de su elaboración, sino, más bien, teniendo en cuenta el paso del tiempo y los valores de la sociedad.⁵⁷ Con esto, es claro que para aquellos académicos, abogados y magistrados quienes no aceptan la tesis del originalismo, sus críticas son irrelevantes, puesto que se basan en un modo concreto de entender el derecho constitucional y, si ese modo no es otorgado valor alguno, sus conclusiones carecerán de mérito.⁵⁸ La magistrada Ruth Bader

55. *Ibid.*

56. Harold Hongju Koh, "International Law as Part of Our Law", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 45.

57. R. Alford, *Op. cit.*, p. 58.

58. M. Tushnet, *Op. cit.*, pp. 1279-1280.

Ginsburg – quien reconoce suscribir la tesis del constitucionalismo vivo – arguye que la idea de los Padres Fundadores de crear un Estado más perfecto se honra al entender que la Constitución pertenece a un mundo globalizado en el siglo veintiuno, y no al congelarla de por vida en el pasado.⁵⁹ Y es que es claro que el componente moral es relevante para la jurisprudencia estadounidense, puesto que ésta no trata de reproducir nociones y valores de hace dos siglos sin más, sino de encontrar la mejor solución para los problemas de la nación en la actualidad.⁶⁰ Al aplicar esta lógica, es dable pensar que los héroes de antaño redactaron la Octava Enmienda de una manera tan genérica (prohíbe los castigos “cruels e inusuales”) porque sabían que sus palabras se entenderían de acuerdo a los valores y principios de cada época.⁶¹ La enmienda, de acuerdo con ello, proscibiría las penas que, al momento de su ejecución, se considerasen crueles.⁶² Así lo ha entendido la Corte Suprema desde hace décadas. En la famosa decisión de 1958, *Trop v. Dulles*,⁶³ en la cual se evaluó si quitarle a un desertor de las fuerzas armadas su ciudadanía constituía un castigo “cruel e inusual”, la Corte concluyó que el concepto fundamental tras la prohibición de la enmienda era la dignidad del hombre. Por ende, en las palabras del alto tribunal, el texto de la Constitución “debe extraer su significado de los estándares evolutivos de decencia que marcan el progreso de una sociedad madura”.⁶⁴

De suscribir la posición contraria, una persona tendría que admitir – para ser coherente – que se penalizaran conductas como la idolatría, la blasfemia, el adulterio y la brujería, las cuales, junto con el sexo consentido entre homosexuales, eran castigadas con la muerte en los primeros días de la república estadounidense.⁶⁵ Pero incluso el magistrado Scalia, quien votó a favor de penalizar las relaciones sexuales consentidas entre parejas del mismo sexo en *Lawrence*, escribió en su salvamento de voto que “(...) la Corte tiene toda la razón al decir que ‘la historia y la tradición son el punto de partida, pero no siempre el punto de llegada (...)’”⁶⁶ del análisis. Y esta admisión es extraña, pues sus posiciones morales y jurídicas no están muy alejadas de las siguientes palabras, que bien podrían ser suyas: “Nadie, presumimos, supone que un cambio en el sentimiento o la opinión pública (...) de las naciones civilizadas de Europa o de este país debe llevar a la [Corte Suprema] a darles a las palabras de la Constitución una interpretación más liberal (...) de la que se les otorgó cuando el texto fue redactado y adoptado”.⁶⁷ Lo anterior, empero, fue escrito en 1857 por el entonces Presidente de la Corte Suprema como parte de la opinión mayoritaria

59. R. Ginsburg, *Op. cit.*

60. G. Neuman, *Op. cit.*, p. 87.

61. Esta idea de que los fundadores de los Estados Unidos redactaron y aprobaron una constitución genérica que, por serlo, pudiera resistir el paso del tiempo y adaptarse a las circunstancias de cada época les reconoce, de hecho, más sabiduría y visión que la posición originalista.

62. Mark Tushnet, “Transnational/Domestic Constitutional Law”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 37, 2003, p. 244.

63. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, (1958).

64. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, (1958), citado en: R. Ginsburg, *Op. cit.*

65. H. Koh, *Op. cit.*, p. 54.

66. *Lawrence*, *Op. cit.*, citado en: H. Koh, *Op. cit.*, p. 54.

67. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, (1857), citado en: R. Ginsburg, *Op. cit.*

en *Dred Scott v. Sandford*,⁶⁸ una de las decisiones más tristemente célebres de la historia legal de los Estados Unidos. En ella, la Corte concluyó que era constitucional que un ser humano mantuviera a otro esclavizado. Este razonamiento, es palmario, no debe tener eco en el derecho moderno.

Pero además de las razones jurídicas para creer que la Constitución debe evolucionar, existen, como debe ser, motivos propiamente *evolutivos*. No sólo debe rechazarse la idea de que el texto constitucional signifique hoy en día lo mismo que significaba para Thomas Jefferson o Alexander Hamilton en el siglo dieciocho porque la jurisprudencia de la Corte lo haya dicho. Ésta es una razón de peso, claro está. Pero por motivos propios de la moral, asimismo, debe entenderse que el significado de provisiones de la Constitución que tienen que ver con ella debe evolucionar con el paso del tiempo. Respecto de esto vale la pena recordar un célebre ensayo que Garret Hardin publicó en 1968 con el título de “The Tragedy of the Commons”⁶⁹. En dicho ensayo, el ilustre científico hizo la siguiente aseveración moral: *la moralidad de un acto es una función del estado del sistema al momento de su realización*. Y complementó su idea proponiendo un ejemplo que, aquí también, es ilustrativo: hace doscientos años un habitante de las grandes llanuras norteamericanas podía cazar un bisonte, arrancarle la lengua para preparar su comida de ese día y dejar el resto del cadáver tirado en el pasto para que se pudriera. Nadie en ese momento hubiera considerado que el cazador estaba siendo pródigo o descuidado con la fauna. Hoy en día, con una cantidad ínfima de bisontes pastando en Norteamérica, cualquiera se sentiría asqueado de este comportamiento. ¿La diferencia?: el estado del sistema ha cambiado. La conclusión de Hardin no es, de ninguna manera, relativista. Reconoce, muy agudamente, que la moral también evoluciona con el tiempo, así como los demás aspectos de los seres vivos. No es que no pueda criticarse al cazador de hace doscientos años; el punto es que nadie lo hubiera condenado entonces, porque el estado del sistema no hacía de su comportamiento un acto inmoral.

El biólogo evolutivo (y famoso ateo) Richard Dawkins ha dicho que el *Zeitgeist* (espíritu de los tiempos) evoluciona a medida que transcurren los años, las décadas y los siglos, así el cambio sea imperceptible para los seres humanos.⁷⁰ Si se observan las épocas pasadas, será evidente que las cosas que se consideraban aceptables o incluso normales entonces, no lo son ahora. Es bien sabido que grandes personajes de la revolución norteamericana, como George Washington y Thomas Jefferson – quien redactó la Declaración de Independencia – tenían esclavos. Y así Abraham Lincoln fuera muy liberal y progresivo para su tiempo, sus palabras acerca de los negros durante un debate en 1858 – durante el cual aseguró que había diferencias permanentes entre blancos y negros, por lo cual él ni siquiera consideraba que los negros debieran votar, ser jurados,

68. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, (1857).

69. Garret Hardin, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 162, 13 de diciembre de 1968, pp. 1243-1248.

70. Para esta idea, junto con la información que la soporta, ver Richard Dawkins, “The ‘Good Book’ and the Changing Moral *Zeitgeist*”, en: *The God Delusion*, New York, Houghton Mifflin Company, 2006, pp. 268-316.

o casarse con blancos – lo harían parecer como un miembro del Ku Klux Klan en este momento. El espíritu de los tiempos, como lo llaman sabiamente los alemanes, es un consenso universal que evoluciona. Y evoluciona en una dirección constante, que, a los ojos de la mayoría de la humanidad, es para bien. Así pues, aun los grandes monstruos de los últimos tiempos (Hitler, Stalin, Pol Pot) palidecerían en comparación con Gengis Khan o Calígula. Si bien es cierto que los primeros pudieron haber asesinado a más seres humanos, lo hicieron gracias a la tecnología del siglo XX. Pero basta con leer las historias mongolas y romanas para saber que sus líderes disfrutaban como nadie con el sufrimiento ajeno. La situación inversa también es cierta: incluso algunos de los pensadores más respetados y progresistas de la historia serían considerados conservadores, retrógrados y racistas según estándares de hoy. T.H. Huxley y H.G Wells – dos escritores modernos y liberales de su época – no tenían problema en pronunciar palabras discriminatorias contra las minorías raciales. El *Zeitgeist* evoluciona: cada vez el consenso sobre lo que está bien y lo que es moralmente permitido es más exigente. Hace algunas décadas la lucha por los derechos de las mujeres y de los negros apenas despuntaba y no se asomaba siquiera un indicio de la protección actual a los animales y el medio ambiente. Si el agua, el aire, los animales y las plantas abundan y son suficientes para todos los hombres – como sucedía en la antigüedad –, es un desgaste insensato preocuparse por estos recursos. Pero ahora sería una necesidad no hacerlo. Ello demuestra como el cambio del estado del sistema ha generado nuevos juicios sobre la moralidad de los actos humanos. Creer, por ende, que los juicios de unos hombres (por más sabios y clarividentes que fueran) en el siglo dieciocho pueden tener mucho peso en el siglo veintiuno es inocente. La moral humana ha evolucionado y quedarse atascado en la moral de los padres fundadores de los Estados Unidos sería un pecado que el país más rico de la tierra no se debe permitir.

b) El asunto de la diversidad

La segunda vertiente de críticas al uso de fuentes extranjeras por parte de la CSJ tiene que ver, principalmente, con el asunto de la diversidad. Los críticos se valen de la diversidad en dos sentidos: la diversidad como un hecho, una realidad, un dato empírico de los Estados Unidos frente al resto del mundo – lo que se conoce como la idea del *excepcionalismo* –, y la diversidad como un valor importante del derecho y una meta que se debe tratar de alcanzar y conservar (donde entra en escena, también, el tema del federalismo estadounidense).

Se dice que el término *excepcionalismo americano*⁷¹ fue acuñado por Alexis de Tocqueville en 1831 y tradicionalmente se usa para distinguir a los Estados Unidos de las demás naciones desarrolladas del mundo en un sentido cualitativo, por cuanto se cree que el país norteamericano es diferente de éstas respecto de su origen particular, su credo

71. El término en inglés es *American Exceptionalism*.

nacional, su evolución histórica y sus instituciones políticas y religiosas. La expresión asimismo se refiere a que el hecho de que los Estados Unidos tenga unos compromisos tan marcados con la libertad, el individualismo, la igualdad y el *laissez-fairismo*, entre otros, lo han blindado de las tragedias humanas e históricas que han caído sobre otras naciones a lo largo de los tiempos, protegiendo a la nación cuando otras han sucumbido. Y la retórica propia del excepcionalismo americano ha sido perceptible en la vida política del país, puesto que se puede detectar en los discursos de casi todos los presidentes, desde Washington, en su discurso de despedida, hasta prácticamente todos los pronunciamientos de George W. Bush después del once de septiembre.⁷²

El profesor Michael Ignatieff escribió un ensayo describiendo las diferentes clases de excepcionalismo que existen, dentro de las cuales identificó el *excepcionalismo judicial*. Ésta es la clase de excepcionalismo defendida por ciertos miembros de la Corte Suprema de Justicia (i.e., los magistrados Roberts, Scalia, Thomas y Alito), según la cual las opiniones y prácticas de otros Estados son irrelevantes para la interpretación constitucional de los Estados Unidos, en razón de que, cuando se deben interpretar cláusulas abiertas de la Constitución, son únicamente las concepciones estadounidenses las que deben valer.⁷³ Desde esta percepción, la Constitución se basa exclusivamente en la historia y la cultura de los Estados Unidos, por lo cual resulta inútil mirar hacia otros países y pueblos, pues no hay nada que se pueda aprender de ellos. Sería, en las palabras de un irónico académico, como tratar de aprender inglés al consultar un diccionario francés.⁷⁴ Así pues, el excepcionalismo sostiene que la Constitución refleja valores y principios característicos de los Estados Unidos, los cuales se basan en su historia y su cultura distintiva, y no se deben entender como universales o comunes a los demás Estados. Por lo tanto, como su contenido surge única y exclusivamente de la tradición y la cultura estadounidenses, al interpretar la Constitución, los extranjeros no pueden tener voz ni voto. El derecho constitucional estadounidense, incluyendo sus garantías, derechos y protecciones, se trata como un producto exclusivo del discurso interno de la nación.⁷⁵

Una de las razones más simples que esgrimen los enemigos de las fuentes extranjeras es que dichas normas están hechas para un Estado determinado, con sus características y particularidades, que no son las de los Estados Unidos.⁷⁶ Por ende, las opiniones de otros, en otras jurisdicciones, no serán jamás apropiadas para decidir sobre la interpretación del documento fundacional de los Estados Unidos, puesto que se refieren a otra coyuntura, en otro lugar, y destinado a regular a otras personas. En otras palabras, las decisiones judiciales y demás normas jurídicas extranjeras no sirven como herramientas para descifrar el sentido de la Constitución estadounidense debido a que están hechas para regir en otro espacio. Una contradicción entre las normas y prácticas extranjeras y las

72. Harold Hongju Koh, "On American Exceptionalism", *Stanford Law Review*, vol. 55, 2003, p. 1481.

73. *Ibid.* p. 1482.

74. D. Farber, *Op. cit.*, p. 19.

75. *Ibid.*

76. J. McGinnis, *Op. cit.*, p. 311.

de los Estados Unidos, entonces, no debe llevar a la conclusión de que éstas adolecen de inconstitucionalidad, pues ellas son normas para los Estados Unidos y *sólo* para los Estados Unidos.⁷⁷ Su aplicación en Estados Unidos puede ser perfectamente adecuada, así no lo sea en Lituania, Egipto o Chile. Lo que piensen los demás Estados (y sus jueces y funcionarios) no tiene ningún valor sobre esta cuestión.

Los adversarios de la práctica señalan que los Estados Unidos difiere harto de los demás países de la comunidad internacional, especialmente de los países que se han usado como surtidores de fuentes extranjeras. Europa – aseguran – tiene una cultura política y unos valores muy distintos a los del pueblo estadounidense, en cierta medida, porque “[I]as tradiciones europeas miran con más agrado la imposición de *opiniones morales elitistas*”⁷⁸. Por un lado, los fundamentos populares de los derechos y las garantías de la Constitución estadounidense (como la Octava Enmienda) chocan con la justificación universal de los derechos humanos de los europeos.⁷⁹ Y por otro, es claro que Europa tiene una aproximación divergente frente a cuestiones como la pena de muerte, lo cual hace complicado, por decir lo menos, una comparación con las opiniones y posiciones de sus cortes.⁸⁰ Lo segundo se evidencia en el caso de Mounir Motassadeq, condenado en 2003 por una corte alemana de ser partícipe de más de tres mil cargos de homicidio por su participación en los atentados contra el World Trade Center, el 11 de septiembre de 2001. Motassadeq fue inicialmente condenado a quince años de prisión (la condena máxima de acuerdo con la legislación alemana), pena que luego fue reducida a siete años. Esta sentencia tan benevolente para alguien responsable de la muerte de más de tres mil seres humanos – dicen algunos – refleja de manera contundente la gran fe que tienen los europeos en el castigo como forma de rehabilitación. Los estadounidenses (por lo menos quienes defienden el excepcionalismo) no comparten esta postura y creen que es un ejemplo de las diferencias irreconciliables entre su derecho y el de Europa.⁸¹

De manera semejante, se aduce que Europa y los Estados Unidos tienen historias políticas bien diversas.⁸² Mientras la democracia – fundamentada en el contrato social que impera entre sus ciudadanos – ha sido un pilar de la nación americana desde hace tiempo, los Estados de Europa han transitado entre extremos políticos como la monarquía, el fascismo, y el socialismo. En esta búsqueda por el mejor tipo de gobierno, los europeos han sido víctimas de regímenes totalitarios que acabaron con la vida de millones de personas – por no decir nada de la violación a las demás libertades fundamentales del

77. *Ibid.*; “(...) [N]o hay nada incorrecto o confuso en que dos o más sistemas legales nacionales tengan diferentes normas, o diferentes interpretaciones de sus normas. La multiplicidad y la divergencia no son necesariamente un mal cuando ocurren en jurisdicciones diferentes” (C. F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’”, *Op. cit.*, p. 80).

78. Cursivas fuera del texto. J. McGinnis, *Op. cit.*, p. 311.

79. Ernest A. Young, “The Supreme Court, 2004 Term-Comment: Foreign Law and the Denominator Problem”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p. 161; J. McGinnis, *Op. cit.*, pp. 311-312.

80. E. Young, *Op. cit.*, p. 162.

81. Craig Whitlock, “Friend of 9/11 Hijackers Convicted in Germany”, *Washington Post*, Washington, 20 de agosto de 2005, p. A12, citado en: E. Young, *Op. cit.*, pp. 161-163.

82. J. Yoo, *Op. cit.*, p. 14.

hombre. Los Estados Unidos, en cambio, ha permanecido incólume. La lección que pretenden impartir los excepcionalistas es que ello se debe, justamente, a la distancia que mantiene la nación estadounidense de Europa.⁸³ Aunque las tendencias ideológicas del siglo veinte pudieron parecer modernas, justas y progresivas en el momento – argumentan los críticos –, la historia demostró que es sabio mantener la estabilidad institucional y no dejarse tentar por los cambios. Pues si en algo existe consenso, ciertamente es en que Europa sufrió de forma estruendosa durante los regímenes autoritarios del siglo pasado. Pero la conclusión a la que llegan los conservadores es otra: si los Estados Unidos sigue las decisiones de Europa en la actualidad – esas ideas novedosas que parecen tan liberales y justas –, la historia (del siglo pasado) podría repetirse con consecuencias terribles para los estadounidenses. Escuchar las razones de las cortes europeas del momento es igual, ante sus ojos, a que la CSJ hubiese seguido los lineamientos de las cortes nacionalsocialistas o comunistas de las décadas del treinta y del cincuenta.

Otra diferencia importante – al menos para ciertos autores – es que Europa ha avanzado hacia un contexto social y político donde priman las normas sobre el poder, la ley sobre las armas y la diplomacia es la herramienta que se emplea para solucionar los conflictos. El continente europeo le da prelación a la cooperación y a las instituciones supranacionales por encima de la fuerza. Los Estados Unidos, en cambio, permanece sumergido en un estado de naturaleza hobbesiano, donde no se puede confiar en el otro y donde las armas y el poder militar son las garantías únicas de la paz y la seguridad. Mientras Europa se aproxima más a la idea kantiana de la *paz perpetua*, los Estados Unidos se ha quedado varado en un mundo premoderno.⁸⁴ La tesis de los defensores del excepcionalismo es que si se acepta esta premisa, es preciso concluir que las fuentes europeas no son apropiadas para el derecho estadounidense “(...) porque ocurren en unas circunstancias de confianza en la ley y las instituciones legales que *no tienen ningún sentido* en el contexto norteamericano”⁸⁵.

La detracción, luego, es que la consideración de fuentes de derecho extranjeras en la jurisprudencia niega de manera implícita el excepcionalismo americano y todo lo que él representa: el orgullo nacional, la celebración de la fundación de la nación, la creencia de que los Estados Unidos tiene una misión especial en el mundo y, en general, la noción de que el país es especial y diferente, en vez de simplemente uno más entre cientos. Los defensores del excepcionalismo defienden firmemente la idea de que los Estados Unidos no debe mostrar humildad frente a otros (lo cual creen que ocurre si se usan fuentes extranjeras), sino frente a las ideas de los padres fundadores y de la Constitución.⁸⁶

La relación del excepcionalismo con la diversidad debería ser aparente ya. Los críticos de que la Corte se valga de razones y decisiones extranjeras en sus sentencias aseguran que dicha metodología elimina la diversidad jurídica en el mundo, lo cual es altamente

83. *Ibid.* pp. 14-15.

84. *Ibid.* p. 15.

85. Cursivas fuera del texto. *Ibid.*

86. E. Posner, C. Sunstein, “The Law of Other States”, *Op. cit.*, p. 139.

perjudicial para el desarrollo de éste, pues reduce la información y la experimentación en el campo legal.⁸⁷ La sugerencia parecer ser, en parte, que los Estados Unidos ha demostrado ser un líder *excepcional* para el mundo, por lo cual es posible pensar que, si se le permite experimentar con diversos enfoques jurídicos, el mundo entero se beneficiará de ello. Sin embargo, aseguran los críticos, el bienestar mundial no resultará incrementado si se acogen las normas y prácticas de naciones absolutistas como Zimbabue o China. Es la calidad de los aportes que los Estados Unidos le ha brindado a la comunidad mundial lo que debe darle carta blanca para ensayar con normas jurídicas que, quizá, mejoren la vida en el planeta.

En el mismo sentido apunta la relación del sistema federal de gobierno estadounidense: la diversidad de normas entre jurisdicciones es una virtud del Estado norteamericano, que permite que diversas áreas acojan e instituyan normas distintas, según sus valores y sus preferencias.⁸⁸ Esta posibilidad no sólo admite que, a través de la experimentación legal, cada jurisdicción decida qué normas prefiere, sino que reduce los enfrentamientos a nivel nacional, al dejar que sea cada estado federado quien tenga la última palabra sobre unas materias concretas. Es decir, puesto que los Estados Unidos es un Estado federalista, donde cada uno de sus estados tiene autonomía para regular ciertos temas, es conveniente mantener la misma lógica al analizar el asunto de las fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la Corte. De lo contrario se perderá un ingrediente valiosísimo, cual es la diversidad jurídica. La propuesta es que cada nación sea como un mercado jurídico, donde se ofrecen normas y políticas exclusivas, para que los ciudadanos puedan escoger las que prefieren, y allí residan.⁸⁹

Como respuesta a las críticas anteriores, en primer lugar, es necesario aclarar que los valores de los Estados Unidos – por lo menos aquéllos consagrados en sus normas y en la Constitución – no se alejan de los del resto del mundo de una manera tan clara. No son valores propiamente estadounidenses, sino valores universales. Ello es claro tanto de la historia de la Constitución de los Estados Unidos, como de las normas extranjeras sobre las cuales existe hoy tan ardua controversia. Históricamente, por ejemplo, está documentado que quienes se oponían a la esclavitud la consideraban un mal universal, no meramente una actividad que violara la ley estadounidense.⁹⁰ En los discursos de la época que versaban sobre la materia, las referencias no eran a “los derechos inalienables del hombre *americano*” sino a “los derechos inalienables del *hombre*”⁹¹; no se defendía

87. J. McGinnis, *Op. cit.*, p. 318; Si bien la crítica principal del profesor Rosenkrantz está dirigida al uso de fuentes extranjeras en Argentina, sus palabras podrían referirse a cualquier Estado: “Es posible concebir muchas maneras diferentes, e igualmente razonables, de tratar cada tema que amerite preocupación constitucional”; “Existe también espacio para la diversidad en materia de regulación de derechos fundamentales” (C. F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’”, *Op. cit.*, p. 83); “Siempre habrá innovación y creación en el derecho constitucional, porque siempre habrá diferentes formas de intentar solucionar problemas constitucionales” (*Ibid.*, p. 84).

88. E. Young, *Op. cit.*, p. 165; J. Yoo, *Op. cit.*, pp. 16-17.

89. J. Yoo, *Op. cit.*, pp. 16-17.

90. D. Farber, *Op. cit.*, p. 19.

91. Cursivas fuera del texto. *Ibid.*, p. 20.

la “libertad del *hombre estadounidense*”, sino la “libertad *humana*”⁹²; y, así mismo, la mención permanente a los derechos que Dios le había otorgado al hombre no hacían distinciones entre los hombres de los Estados Unidos y los extranjeros.⁹³ Parece que para los padres fundadores, los valores y principios que consagraba la Constitución les pertenecían a todos los hombres por igual. Una situación similar ocurre si se tiene en cuenta la influencia de los Estados Unidos en la elaboración de muchas constituciones extranjeras,⁹⁴ así como de normas de derechos humanos que tienen vigencia todavía. Precisamente el país anglosajón sirvió de inspiración para muchas de las constituciones de los Estados jóvenes que surgieron en el siglo veinte. Así mismo, los derechos humanos nacieron con la Carta de Núremberg, la Carta de las Naciones Unidas y la Organización de las Naciones Unidas – todas iniciativas de los Estados Unidos.⁹⁵ Finalmente, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos fue una musa para la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 y ambas tienen un contenido parecido.⁹⁶ Por ende, como señala el profesor Koh, Decano de la Escuela de Derecho de Yale hasta 2009, la Corte no debe decidir los casos en un vacío: los Estados Unidos nunca ha sido un sistema legal hermético y conceptos de derecho constitucional tales como libertad y debido proceso no son propiedad exclusiva de los estadounidenses, sino construcciones del mundo entero.⁹⁷ La conclusión es palmaria: los valores constitucionales de los Estados Unidos permearon desde las normas más importantes de derecho internacional, hasta las normas de otros Estados, por lo cual aquéllas y éstas tienen una estrecha relación con el derecho estadounidense. Es insensato creer que existen diferencias sustanciales.

En este orden de ideas, también podría contenderse que la práctica concreta de valerse de las ideas, decisiones y conclusiones de otras cortes es perfectamente coherente con el espíritu de los Estados Unidos. Cuando los defensores del excepcionalismo aseguran que la Corte no debe atender a las decisiones de otras jurisdicciones porque lo único que importa para la interpretación de la Carta son los compromisos políticos y jurídicos del pueblo estadounidense, alguien podría responder, precisamente, que atender a estas fuentes extranjeras hace parte de los principios fundacionales del país.⁹⁸ La práctica de usar fuentes de otros Estados para nutrir las decisiones judiciales de los Estados Unidos puede, razonablemente, ser consistente con la idea que el país tiene de sí mismo.

Así lo comprueba la siguiente afirmación de *Miranda v. Arizona*,⁹⁹ una de las sentencias más trascendentales en materia de derechos civiles de los Estados Unidos,¹⁰⁰ porque si bien

92. Cursivas fuera del texto. *Ibíd.*

93. *Ibíd.*

94. Ver *supra* INTRODUCCIÓN.

95. D. Farber, *Op. cit.*, p. 6.

96. *Ibíd.*

97. H. Koh, “International Law as Part of Our Law”, *Op. cit.*, p. 47.

98. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* p. 1290.

99. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

100. *Miranda v. Arizona* fue la decisión que estableció la llamada “Regla Miranda”; es decir, la necesidad de advertir a todo acusado de un delito que puede permanecer en silencio, que tiene derecho a un abogado durante el interrogatorio y que si no puede costearlo, tiene derecho a que el Estado le provea uno para su defensa.

toma una posición excepcionalista frente al derecho del país, también acepta la importancia de las fuentes extranjeras. Luego de considerar las normas sobre la interrogación de sospechosos en Inglaterra, Escocia, India y Ceilán, la Corte dijo lo siguiente:

Las condiciones de ejecución de la ley en nuestro país son suficientemente similares para permitir la referencia a esta experiencia como garantía de que la ilegalidad no resultará de advertirle a un individuo de sus derechos o permitirle ejercerlos. Así mismo, es consistente con nuestro sistema legal que les demos a estos derechos por lo menos la misma protección que las jurisdicciones descritas. Tratamos, en nuestro país, con derechos fundamentados en un requerimiento específico de la Quinta Enmienda de la Constitución, mientras que otras jurisdicciones arribaron a sus conclusiones sobre la base de principios de justicia no tan claramente demarcados.¹⁰¹

Segundo, el argumento de que la Constitución se debe interpretar acorde con las ideas estadounidenses únicamente, puesto que su legitimidad se deriva de normas y principios internos que no tienen nada que ver con el derecho foráneo ni le deben nada, es erróneo. Se basa en una concepción del derecho constitucional, de nuevo, arcaica. Y es que la Constitución de los Estados Unidos no basa su legitimidad y sus principios fundamentales tan sólo en el hecho de su elaboración hace más de dos siglos. Como asevera una autora lúcidamente, la Constitución les pertenece a los estadounidenses “(...) porque muchas generaciones se han apropiado de ella por conducto de un complejo proceso que empezó con la adopción del texto original y de sus enmiendas, pero que implica numerosas capas de discusiones e interpretaciones – incluyendo interacciones previas con las ideas y prácticas de comunidades transnacionales – que moldean su significado a través del tiempo”.¹⁰² Sostener que los Estados Unidos no tiene, ni aspira a tener, derechos y protecciones universales, debido a que sólo está interesada, como nación, en sus normas propias y sus valores individuales, es tan obtuso como equivocado. El movimiento por los derechos civiles y el movimiento por los derechos de las mujeres tuvieron una enorme influencia transnacional: la legislación de los Estados Unidos no empezó a proteger la igualdad de las minorías y de las mujeres porque se basara en las ideas tradicionales de los Estados Unidos, sino porque hubo grandes debates sobre el significado de la Constitución.¹⁰³ El excepcionalismo, como se puede ver, es más difuso de lo que tratan de hacer creer. La Constitución de los Estados Unidos no es únicamente producto de las ideas internas; tiene un fuerte componente universal y una larga tradición de mirar hacia afuera.

Finalmente, aunque las réplicas anteriores son sólidas y por sí solas pueden derrumbar el castillo de naipes del excepcionalismo, los problemas fundamentales de la posición excepcionalista y federalista como críticas al uso de fuentes extranjeras son dos: en primer

101. *Miranda v. Arizona*, *Op. cit.*, citado en: V. Jackson, *Op. cit.*, p. 121.

102. V. Jackson, *Op. cit.*, p. 121.

103. *Ibid.*

lugar, se basan en una posición moral *relativista*; y en segundo plano, asumen que la diversidad per se es una virtud que vale la pena defender.

El relativismo consiste en creer que las respuestas correctas a problemas morales dependen de cada cultura, por lo cual la norma moral adecuada para cierta cultura puede no ser la adecuada para otra.¹⁰⁴ En otras palabras, según el relativismo, la justicia depende del contexto.¹⁰⁵ Algunos han dicho, incluso, que las normas morales dependen de la geografía, del clima, de la temperancia y de la virtud de las gentes de cada zona.¹⁰⁶ Un ejemplo ilustrativo de la posición relativista es que está mal criticar a los romanos por haber echado a sus esclavos a los leones, o a los aztecas por realizar sacrificios humanos, puesto que se trata de una cultura diferente a la propia – con sus particularidades y su contexto concreto – y existen diferencias morales que son perfectamente válidas y se deben respetar. Así pues, quienes defienden el excepcionalismo americano o esgrimen la crítica federalista, consideran que la validez de las normas morales depende del contexto y de la cultura, por lo cual está mal que los extranjeros opinen sobre las reglas morales estadounidenses. El excepcionalismo, en particular, cree que por las notables diferencias de los Estados Unidos con el resto del mundo (su historia, su religión, su tradición política, y, en fin, su cultura), lo que se considera correcto en materia moral, sólo debe entenderse como correcto para la sociedad estadounidense, sin que importe para nada lo que piensen las demás sociedades. El federalismo, por su parte, sirve a quienes critican las fuentes extranjeras para decir que la estructura política de los Estados Unidos es una razón de peso para creer que lo más conveniente es que cada jurisdicción tenga sus propias normas (lo que incluye, necesariamente, las normas morales). En este orden de ideas, las cuestiones morales de fondo de las tres sentencias polémicas (i.e., si está bien ejecutar a una persona con retraso mental (*Atkins*); si está bien castigar las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo (*Lawrence*); y si está bien ejecutar a un menor de edad (*Roper*)) deben tener respuestas divergentes en distintos lugares del mundo. La tesis, pues, sería algo como lo siguiente: nosotros, en los Estados Unidos, somos diferentes; como somos diferentes, tenemos derecho a nuestras propias normas, y ustedes no deben criticarnos ni inmiscuirse.

Infortunadamente para estos críticos, el filósofo Bernard Williams ha demostrado que el relativismo moral es insostenible, catalogándolo como “(...) la herejía de los antropólogos, posiblemente la idea más absurda que se haya defendido jamás en filosofía moral.”¹⁰⁷ Williams señala que el relativismo consiste en tres proposiciones: que “correcto” significa (sólo puede ser coherentemente entendido si significa) “correcto para una sociedad dada”; que “correcto para una sociedad dada” ha de ser entendido en sentido funcionalista; y que (por consiguiente) *es incorrecto que los individuos de una sociedad condenen,*

104. E. Posner, C. Sunstein, “The Law of Other States”, *Op. cit.*, p. 150.

105. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.*, p. 1293.

106. Jeremy Waldron, “The Supreme Court, 2004 Term-Comment: Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p. 10.

107. Bernard Williams, *Introducción a la ética*, 4ª ed., Madrid, Cátedra, 1998, p. 33.

*critiquen, se interfieran en, los valores de otra sociedad.*¹⁰⁸ Y entonces pasa a demostrar la inconsistencia lógica (grave) que hay en el relativismo: en su tercera proposición hace una afirmación sobre lo que es correcto y erróneo en el trato de una persona con otras sociedades y para ello se hace uso de un sentido *no-relativo* de “correcto” no permitido por la primera proposición.¹⁰⁹ Es decir, este punto de vista es moralmente absolutista (o no-relativo) frente a la tolerancia y la no-interferencia, a la vez que predica que la moralidad es algo relativo. En palabras de Williams, cuya elocuencia es abrumadora, “[s]i vamos a decir que existen desacuerdos morales últimos entre sociedades, hay que incluir, entre los asuntos en que tales desacuerdos pueden producirse, sus propias actitudes hacia las concepciones morales de los otros”. Claro que una sociedad puede criticar a otra por sus normas morales. La máxima *entre gustos no hay disgustos*¹¹⁰ no es una regla que aplique a los valores y principios morales, pues es bien conocido que si sobre algún tema existen grandes desacuerdos y debates es sobre lo moral. Los demás Estados del mundo tienen mucho para decir sobre el comportamiento moral de los Estados Unidos y la esencia misma de la ética recomienda el diálogo intercultural. “No puede considerarse una consecuencia de la naturaleza de la moralidad misma el que ninguna sociedad deba interferirse nunca en los asuntos de otra, o que los individuos de una sociedad, cuando se ven confrontados con las prácticas de otra, si son racionales deban reaccionar con la aceptación”.¹¹¹ Por ello, la respuesta frente a los atropellos romanos y aztecas de antaño no puede ser quedarse mudo.

La defensa ciega de la diversidad es el otro problema de estas posturas. Tanto el excepcionalismo como la versión federalista de la crítica argumentan que la diversidad es buena para el mundo y que, por ende, debe respetarse que los Estados Unidos tenga normas distintas, así los demás países las consideren incorrectas. Se habla de “experimentación jurídica” y del “respeto y tolerancia por las diferencias”. Pero lo que pasan por alto quienes se visten con el ropaje de la diversidad es que ella no es una virtud absoluta; ni siquiera es una virtud en sí misma. La diversidad es importante dependiendo del objeto de que se esté tratando.¹¹² Es bueno que haya diferencias religiosas entre los pueblos del mundo, para que cada persona pueda adorar al dios que prefiera (o a ningún dios, si así lo prefiere). Así mismo, es ideal que haya pluralidad en las concepciones humanas de la felicidad y de la vida buena, de las mejores comidas y los mejores vinos, de quién es la mujer más bella y el hombre más apuesto. La diversidad se debe perseguir – y defender – en numerosos aspectos de la vida humana para garantizar la libertad y la individualidad de los hombres y de las culturas.¹¹³ Pero siempre hay que tener en cuenta que “[e]l valor

108. *Ibid.*

109. *Ibid.*, pp. 33-34

110. *De gustibus no est disputandum.*

111. B. Williams, *Op. cit.*, p. 38.

112. Para un argumento completo sobre esta postura, ver Gloria María Gallego García, “El pluralismo en el Estado constitucional de derecho”, *Anuario de Derecho Constitucional*, Lima, Universidad César Vallejo, 2010 (en edición).

113. *Ibid.*, p. 8.

del pluralismo depende de aquello en lo que es valioso que los hombres sean tratados como diversos (...)",¹¹⁴ pues si merece la pena defender la diversidad de pensamientos, de valoraciones artísticas, de planes de vida, de gustos personales y, en general, de todo lo que se refiera a la individualidad y la libertad humana, no ocurre lo mismo con conductas que subyugan y lesionan a los demás. Nadie (sensato) diría que es perfectamente aceptable, en virtud de la diversidad, que un fanático de la sangre humana vaya por ahí matando personas para beber su sangre; o que las mujeres africanas sean mutiladas en sus genitales para continuar una brutal y antigua tradición; o que los miembros de una secta religiosa encadenen a sus hijos durante días, sin darles comida, para practicar una ofrenda a su dios. La diversidad tiene validez y merece respeto porque es una garantía de la libertad y del individualismo de cada persona; porque hace al mundo variopinto, curioso, interesante; porque brinda opciones para resolver problemas y para adoptar ideas; porque elimina la tediosa uniformidad de una planta de producción.

Sin embargo, no se trata de amar la diferencia por la diferencia, ni de exaltarla incondicionalmente como si toda diferencia fuera valiosa, una fuente de riqueza humana, e ideas semejantes. El entusiasmo ante lo diferente, por el mero hecho de serlo, en muchos casos raya en la cursilería, ya que hay diferencias que implican conductas o prácticas retrógradas, injustas o que empobrecen la vida humana. No toda diferencia merece ser considerada valiosa ni eleva el nivel de la humanidad. Practicar la quema de viudas o la lapidación de mujeres infieles a sus maridos es una peculiaridad de determinadas culturas, peculiaridad que no es en modo alguno loable y que debiera revisarse por cualquier cultura que aspire a tener un elevado nivel de humanidad, tras el debido diálogo intercultural – sin imposiciones, sin represión –. Hay diferencias que contradicen valores que se estiman importantes y cuya defendibilidad se apoya en criterios de imparcialidad, racionalidad y universalidad (la vida humana, la dignidad, la libertad, la igualdad).¹¹⁵

El punto es, con todo, que los Estados Unidos debe aspirar a ese nivel de humanidad elevado. Y para hacerlo, no puede escudarse en ideas tan porosas como el relativismo moral o el amor incondicional a la diversidad. La primera es lógicamente inconsistente y políticamente facilista, mientras la segunda es francamente obtusa, y tiene más de emotividad que de racionalidad. Pero tienen algo en común: ninguna de las dos logra convencer con éxito de que cada jurisdicción del mundo deba tener todo el derecho a regular la conducta de sus ciudadanos como le plazca, por el hecho de ser distinta. Pues si la diversidad es motivo suficiente para defender normas exóticas y extravagantes (un tipo de derecho “a la carta”, si se quiere), cada cual (i.e., cada jurisdicción) tendría plena justificación para hacer lo que le provocase. Y, entonces, ser judío en Alemania aún

114. *Ibid.*

115. *Ibid.*, p 7.

comportaría peligro de muerte, y el abuso sistemático a las mujeres que se practica en algunos lugares de Asia y el Medio Oriente podría perdurar hasta el fin de los tiempos. El derecho exige encontrar unos mínimos que valgan para todos los seres humanos, con independencia de su cultura o lugar de origen. La diversidad – connatural a la existencia humana – no debe ser una excusa para fallar en esa tarea.

c) La soberanía y la democracia

Una corriente de comentarios agraviantes contra la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos por emplear fuentes de derecho extranjeras en sus sentencias asegura que dicha metodología viola la soberanía y la democracia de la nación. Aunque la democracia y la soberanía son conceptos distintos, en este caso se vinculan estrechamente para sostener, grosso modo, la siguiente objeción: usar fuentes de derecho extranjeras en las decisiones de la CSJ es renunciar a la soberanía nacional, entregándola a jueces extranjeros, quienes no están sujetos al control democrático de la ciudadanía estadounidense.¹¹⁶ La democracia, pues, hace referencia a que sean los propios estadounidenses – y no algún alemán o francés, por ejemplo – quienes decidan sus normas. Y la soberanía se puede entender como la “(...) negación de cualquier poder superior al del Estado (...)”¹¹⁷, de manera que el mismo no esté sujeto a imposiciones de agentes externos. Así pues, “[e]l poder estatal dejaría de ser soberano sólo en la hipótesis de que las limitaciones jurídicas impuestas a su ejercicio derivasen de un poder ajeno (*heteronomía*)”.¹¹⁸ En términos generales, se puede ver cómo la preocupación que alegan los detractores es que los Estados Unidos no sea *autónomo* y que sus normas jurídicas las determine una población ajena a la nacional. De manera particular, empero, la crítica tiene varios matices.

Uno de los problemas parece ser que a las opiniones del mundo entero (i.e., las opiniones de otros países y de la comunidad internacional) se les dé un valor constitucional suficiente para opacar las opiniones de los mismos estadounidenses. Dado que los juicios de valor son determinantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema, el uso de opiniones extranjeras viola la soberanía de los Estados Unidos debido a que se vale de la supremacía constitucional para derrumbar normas favorecidas democráticamente. La recomendación es, entonces, que al momento de tener en cuenta juicios de valor, los nacionales valgan más que los extranjeros.¹¹⁹ Si las opiniones de ambos fueran similares no habría problema. Pero como en muchas ocasiones los juicios nacionales chocan con los extranjeros, los defensores de derechos humanos que intentan modificar el derecho estadounidense tienen que recurrir a la vía judicial, donde solamente se pueden subrogar las normas democráticas a través

116. Para un repaso completo de esta crítica, ver R. Alford, *Op. cit.*; E. Young, *Op. cit.*; J. Yoo, *Op. cit.*; M. Ramsey, *Op. cit.*; J. McGinnis, *Op. cit.*; M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.*; y M. Tushnet, “Transnational/Domestic Constitutional Law”, *Op. cit.*

117. Eduardo García Maynez, *Introducción al estudio del derecho*, 38ª ed., México, Porrúa, 1986, p. 103.

118. Cursivas en el original. *Ibid.*, p. 104.

119. R. Alford, *Op. cit.* p. 58.

de la revisión constitucional. Por ende, el uso de normas extranjeras en la jurisprudencia de la Corte es una mera táctica para remplazar el derecho soberano y democrático con los valores reflejados en jurisdicciones foráneas.¹²⁰

Se dice que la revisión de normas por parte de un tribunal constitucional tiene un problema *contramayoritario*¹²¹ que se observa en el hecho de que una norma aprobada por el legislativo o el ejecutivo – democráticamente elegido por el pueblo – sea declarada inexecutable, dejando sin efectos las intenciones y los valores que apoyan la mayoría. De acuerdo con la crítica, en el contexto de normas extranjeras el problema se puede detectar también. Éste consiste en que si bien la Corte ha manifestado que los estándares de una comunidad pueden servir de canon interpretativo para ciertas cláusulas de la Constitución (e.g., determinar qué se considera “cruel e inusual” en términos de un castigo), nunca se han usado estándares extranjeros, como pretende hacerse ahora. Los valores por los cuales se indaga siempre han sido los valores internos de los Estados Unidos, razón por la cual imponer unos valores o juicios extranjeros en casos nacionales hace que el problema *contramayoritario* salga a la superficie. La única forma de internalizar juicios de valor externos en los análisis de la Corte sin violar la soberanía y la democracia, aseveran los críticos, es que dichos valores ya hagan parte de los estándares norteamericanos.

Se alega, asimismo, que “(...) importar derecho extranjero al sistema jurídico interno a través de la interpretación constitucional, evita los mecanismos institucionales por medio de los cuales las ramas políticas controlan ordinariamente la interacción entre lo interno y lo extranjero”.¹²² La implicación es que el ejecutivo y el legislativo son quienes deben controlar el proceso de acoplamiento entre el derecho local y el derecho extranjero (i.e., decidir qué relación tiene el derecho de los Estados Unidos con los desarrollos jurídicos extranjeros), y que la Corte, al menoscabar su control, atenta contra la democracia y la soberanía.

John C. Yoo, por ejemplo, sostiene que la actitud de la Corte respecto del derecho extranjero somete, de hecho, la conducta privada de los ciudadanos estadounidenses a las decisiones de jurisdicciones lejanas y transfiere el poder federal de los Estados Unidos a otros actores, en franca violación de la Constitución.¹²³ Según el académico, únicamente aquéllos designados por el gobierno federal para actuar en su nombre y ejercer poder federal dentro de los Estados Unidos – tras superar el proceso requerido – pueden interpretar la Constitución.¹²⁴ Esto proscribía que cortes o funcionarios extranjeros tengan la potestad de interpretar la Carta. El fundamento de la restricción es que el poder federal esté exclusivamente en manos de quienes responden directamente ante los representantes del pueblo (i.e., los funcionarios elegidos democráticamente). La Constitución, por tanto, solamente puede ser interpretada por funcionarios nombrados por el Presidente o bajo su mando directo, bien sean jueces federales o miembros de alguna de las agencias

120. *Ibid.*, p. 59.

121. *Ibid.*

122. E. Young, *Op. cit.*, p. 163.

123. J. Yoo, *Op. cit.*, p. 4.

124. *Ibid.*, p. 5.

federales.¹²⁵ Pero los magistrados de tribunales extranjeros no fueron nombrados por el Presidente de los Estados Unidos ni confirmados por el Senado, por lo cual no responden ante el electorado de la nación ni deben respetar los principios interpretativos de ésta. Así, una persona o institución cuyo nombramiento carece de orígenes democráticos no tiene por qué emitir su opinión sobre el sentido de la Constitución norteamericana.¹²⁶ Aun más, la supuesta transferencia de potestad judicial de la Corte Suprema y los Estados Unidos a las cortes externas evitaría que los votantes controlaran y vigilaran las actuaciones de estos jueces, pues estarían completamente por fuera del Estado. Con esto, se menoscabaría la posibilidad de que sus propios ciudadanos monitoreasen y declarasen al Estado responsable por sus conductas y actuaciones.¹²⁷ En fin, la práctica es acusada de vulnerar los controles propios de un Estado democrático.

Desde el punto de vista histórico, según lo previamente examinado, la crítica de la violación a la soberanía genera, por lo menos, una pregunta. Si el uso de fuentes extranjeras va en contravía de la soberanía nacional y tanto los padres fundadores de los Estados Unidos como los primeros y más respetados magistrados de la Corte Suprema estaban de acuerdo con ella, ¿será que los Estados Unidos alguna vez ha tenido verdadera soberanía?¹²⁸ La respuesta apunta a que la crítica adolece de un error lógico, consistente en concluir que si una corte se vale del material de otra jurisdicción, está efectivamente renunciando a su soberanía y sometándose a la autoridad de esa jurisdicción.¹²⁹ Pero si se examina lo que ocurre tanto en los estados federados de los Estados Unidos como en el resto del mundo,¹³⁰ ello no parece ser cierto: nadie diría razonablemente que Nueva York se encuentra subyugado ante la autoridad de California, o Australia ante la de Canadá, cuando usan opiniones de esas jurisdicciones. Es más: es claro que desde los comienzos de la nación estadounidense, los fundadores decidieron remitirse a las fuentes de derecho extranjeras existentes de manera absolutamente consciente y voluntaria.¹³¹ No se trató, pues, de una adopción forzada de la práctica, sino de una decisión informada y volitiva, lo cual desacredita la noción de la pérdida de soberanía.

El quid del asunto está en que el argumento de la soberanía confunde el origen de la autoridad (i.e., las normas federales de los Estados Unidos, incluyendo la Constitución) con las posibles fuentes de interpretación (i.e., las fuentes extranjeras).¹³² Es decir, las fuentes de derecho externas solamente serán consideradas si pueden servir para entender

125. *Ibid.*, p. 8.

126. En esta dirección apunta el *problema de la validación* traído a colación por el profesor Rosenkrantz. De acuerdo con esta postura, en tanto que la coercibilidad del derecho se fundamenta en la creación de normas por parte del "pueblo", el uso de fuentes extranjeras por los tribunales rompe con esa justificación, puesto que las decisiones de los jueces no representan a la entidad política. *Ver sobre esto*, C. F. Rosenkrantz, "En contra de los 'Préstamos'", *Op. cit.*; C. F. Rosenkrantz, "Advertencias a un internacionalista", *Op. cit.*

127. J. Yoo, *Op. cit.*, p. 5.

128. D. Farber, *Op. cit.*, p. 17.

129. *Ibid.*

130. *Ver supra* INTRODUCCIÓN.

131. H. Koh, "International Law as Part of Our Law", *Op. cit.*, p. 47.

132. D. Farber, *Op. cit.*, p. 18.

el significado o la aplicación de una disposición de la Constitución de los Estados Unidos. Dicha ayuda interpretativa puede ser fáctica, como en el caso de determinar si un castigo es “inusual”. Para ello es de gran ayuda – según las mismas palabras de la Constitución – establecer con claridad si el castigo se impone en otras jurisdicciones, para, de este modo, saber si es común o, por el contrario, inusual. Lo segundo llevaría a que fuese declarado inexecutable. De manera similar, por ejemplo, la Cuarta Enmienda¹³³ prohíbe las “requisas arbitrarias”. Una prohibición con una textura tan abierta puede dar paso a que se examinen las prácticas policivas de otros lugares, para decidir si una requisita es arbitraria o no. Es claro que la experiencia de otras cortes y otros Estados puede ser de gran ayuda al momento de juzgar la constitucionalidad de normas de este talante. Además, hay que tener presente que el texto normativo imperante sigue siendo la Constitución, y quienes deciden qué fuentes extranjeras consultar son funcionarios del Estado con plena autoridad en él.¹³⁴

Al parecer, el razonamiento de los enemigos de la práctica es éste: si las fuentes extranjeras importan para algo, deben servir por lo menos como “desempates” en casos cerrados; y si son mecanismos de desempate, en algunos casos el resultado (y, por ende, el sentido de la Constitución) va a ser controlado por jurisdicciones extranjeras, quienes estarían ejerciendo autoridad sobre el derecho de los Estados Unidos a expensas de su soberanía.¹³⁵ El argumento previo equipara la causal de las sentencias de la Corte con el ejercicio de poder sobre ella. Y he ahí el problema. Porque ser la causal de algo no es tener poder o autoridad sobre ello; la causación no es suficiente para configurar una relación de poder. Un estudiante universitario puede mirar el reporte del tiempo una mañana y, al ver que el pronóstico indica que hará frío, usar una chaqueta y unos guantes para ir a clase. La causa de que usara ropa más abrigada fue el pronóstico que vio en el noticiero de la mañana, pero sería absurdo decir que el meteorólogo o la cadena de noticias ejerció autoridad sobre el joven estudiante. Un caso similar se puede rescatar de las cotidianidades de la Corte. Los magistrados Scalia y Thomas son propensos a usar referencias de diccionarios en sus escritos.¹³⁶ Las definiciones de ciertos términos pueden ser la causal para algunas de sus decisiones (si el significado de una palabra es relevante, podrá definir el sentido de un fallo), pero sería tildado de loco quien esgrimiera que los magistrados se encuentran en una relación de subordinación frente a la editorial que publica el diccionario.¹³⁷ Aquí, como en el caso del estudiante que se abriga, no hay poder del uno sobre el otro. Además de la causación, se precisa de otros elementos para configurar una relación de poder:

133. “El derecho del pueblo en cuanto a la persona, domicilio, documentos y efectos personales, así como estar a salvo de requisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable. No se emitirán autos, excepto con causa probable y afianzada en juramento o afirmación, que describa en particular el lugar y las personas o cosas objeto de la requisita”. Constitución de los Estados Unidos de América, IV Enmienda. The U.S. National Archives and Records Administration, “The Bill of Rights: A Transcription”, *Op. cit.*

134. D. Farber, *Op. cit.*, p. 18.

135. *Ibid.*

136. *Ibid.*

137. *Ibid.*

la persona que imparte la orden tiene que pretender influir la conducta del receptor o subordinado; debe haber una probabilidad *ex ante* relativamente alta de que la orden sea efectiva; y el subordinado no debe tener la opción de decidir independientemente si acata o no la orden.¹³⁸ En resumen, el poder exige más que una simple causación. Hace parte de una compleja relación social entre el superior y el subordinado. Los Estados Unidos no se encuentra en una relación de este tipo con ninguna jurisdicción externa, por lo que la soberanía (entendida como la falta de autoridad de otro Estado en el propio¹³⁹) no se encuentra vulnerada.

El término “soberanía”, por cierto, puede ser engañoso. En primer lugar, puede hablarse de soberanía olvidando que una nación soberana puede válidamente decidir que sus intereses – y los de sus ciudadanos – se satisfarían mejor si renuncia a una porción de su libertad y de su autoridad para lograr compromisos con otras naciones.¹⁴⁰ La Convención de Viena, por ejemplo, exige que a los ciudadanos arrestados en un país extranjero se les garantice el derecho de consultar con un agente consular de su país. Los signatarios de este acuerdo internacional decidieron que sus habitantes estarían mejor protegidos en el resto del mundo si ellos renunciaban a parte de su soberanía interna. Ocurre algo paralelo a lo que sucede en el caso de los seres humanos (o individuos) cuando deciden ceder parte de su libertad para salir del Estado de Naturaleza y crear una institución denominada Estado, que les brinda garantías y beneficios mayores a los costos de esta cesión de poder. En otras palabras, es precisamente la soberanía (nacional, en el caso de un Estado, o individual, en el caso del hombre) la que permite que alguien entregue parte de su autoridad de forma voluntaria e – quizá más importante – interesada, para perseguir objetivos que considera valen la pena.

Inclusive más, un Estado soberano puede considerar que es ventajoso delegar la autoridad de interpretar ciertas normas internacionales a un cuerpo colegiado supranacional. La Convención de Viena, de nuevo, es el ejemplo perfecto. Esta norma – como todas – no es absolutamente clara en sus disposiciones y la interpretación se torna una tarea forzosa. Los Estados pueden estar convencidos de que es prudente elaborar un acuerdo acerca de las protecciones consulares a los ciudadanos en países extranjeros, pero puede no haber un consenso sobre detalles importantes. No obstante, las partes pueden preferir que exista un acuerdo incompleto (i.e., que sólo regule los aspectos más generales) a que no haya acuerdo alguno. Para solucionar los vacíos interpretativos, los Estados, por consiguiente, pueden nombrar a un intérprete externo, y ello de ninguna manera compromete su soberanía.¹⁴¹

Así mismo (y aquí también queda desvirtuado el argumento de la democracia), no se puede perder de vista que quienes finalmente toman la decisión de utilizar fuentes de derecho extranjeras como herramientas de interpretación son funcionarios del

138. *Ibid.*

139. *Ibid.*, p. 19.

140. M. Tushnet, “Transnational/Domestic Constitutional Law”, *Op. cit.*, p. 261.

141. *Ibid.*

Estado,¹⁴² sometidos a los controles del sistema de pesos y contrapesos de los Estados Unidos.¹⁴³ Quienes optan por considerar una norma de derecho europea o sudafricana en un caso concreto no son profesores liberales de derechos humanos o jueces de las altas cortes de otros países; son los magistrados de la propia Corte Suprema de los Estados Unidos, investidos con el poder federal del que habla John C. Yoo para interpretar legítimamente la Constitución del país. Los extranjeros, bien sean jueces notables o distinguidos abogados, no tienen voz ni voto en la decisión de la Corte Suprema, pues así aquéllos fallen en un sentido o el otro, será la máxima institución judicial norteamericana quien tendrá la última palabra acerca de la interpretación de la Constitución. Las fuentes externas, con todo, sólo pueden afectar la decisión de la Corte Suprema – y, consecuentemente, el derecho de los Estados Unidos – si un grupo mayoritario de la Corte así lo decide. Por este motivo no hay ninguna transgresión a la soberanía nacional y tampoco cabe el ataque de la democracia, según el cual las decisiones de la Corte de emplear fuentes foráneas escapan al control democrático de los votantes. Es claro que lo anterior presenta seria desinformación: la Corte Suprema de Justicia es elegida directamente por el Presidente y confirmada por el Senado. Así pues, aunque las decisiones extranjeras escapen al sistema de pesos y contrapesos, los magistrados que finalmente escogen usar estas decisiones no lo hacen; ellos están, de manera indirecta, sometidos al sistema de pesos y contrapesos y sujetos al control político de la nación estadounidense (es decir, por conducto de la elección del Presidente y de los miembros del Senado que escogen a los magistrados de la Corte).¹⁴⁴ En este orden de ideas, todas las decisiones interpretativas que tomen los miembros de la Corte tienen la misma génesis democrática. No hay más opción que aceptar que las normas jurídicas producidas por jurisdicciones diferentes sólo entran al sistema jurídico de los Estados Unidos (si llegan a entrar) a través de la decisión válida de una institución federal sometida al sistema de pesos y contrapesos de la república.

Y respecto de la aseveración del profesor Young, según la cual la práctica bajo estudio “(...) evita los mecanismos institucionales por medio de los cuales las ramas políticas

142. El profesor Carlos F. Rosenkrantz, en esta misma publicación, atacó la práctica de usar fuentes extranjeras, aduciendo que una decisión tomada en este contexto es, en últimas, “(...) la decisión de otra persona”. Para ello se valió de dos analogías diversas pero relacionadas. Primero sostuvo: “Como la esclavitud voluntaria, que sigue siendo esclavitud, la deferencia voluntaria a las decisiones de otros, sigue siendo deferencia a las decisiones de otros” (C. F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’”, *Op. cit.*, p. 86); y luego señaló: “Efectivamente, del mismo modo que diferir a otros nuestras decisiones no hace que las decisiones que otros toman por nosotros sean ‘nuestras’ adoptar el derecho que otro sanciona no lo hace ‘nuestro’” (C. F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista”, *Op. cit.*, p. 204). Sin embargo, su crítica adolece de un problema *temporal* que no es menor: quien se esclaviza voluntariamente – así como quien defiere sus decisiones a la voluntad de otro – lo hace *antes* de que el tercero decida o actúe (por lo cual está sujeto, de antemano, a su voluntad), mientras que quien adopta la decisión o el razonamiento de otro lo hace *después* de que el tercero decide o actúa (y, por lo tanto, es libre de acoger tal decisión o de no hacerlo).

143. M. Tushnet, “Transnational/Domestic Constitutional Law”, *Op. cit.*, pp. 262-263.

144. *Ibid.*; M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* pp. 1286-1287.

controlan ordinariamente la interacción entre lo interno y lo extranjero”,¹⁴⁵ basta traer a colación algo que el académico pasa por alto: los susodichos mecanismos institucionales incluyen, justamente, el proceso de selección de los magistrados de la Corte Suprema.¹⁴⁶ A través de este proceso, tanto el Presidente de los Estados Unidos como el Senado pueden cuestionar e inspeccionar minuciosamente a cada candidato, en aras de saber qué actitudes tiene frente al derecho extranjero. Por lo tanto, el control de las ramas políticas sobre la materia permanece indemne.

Además, en respuesta a las acusaciones de que la práctica es antidemocrática, el magistrado Stephen Breyer ha sostenido lo siguiente para ilustrar que no hay nada de cierto en ello:

El derecho transnacional que se crea actualmente no es sólo producto de los redactores de tratados, las ramas legislativas o las judiciales. Nosotros, en los Estados Unidos, sabemos muy bien que el derecho, quizá la mayor parte del derecho, no se imparte desde las alturas sino que surge del público interesado, de los grupos afectados, de los especialistas, del legislativo y de otros, todos interactuando en conferencias, artículos académicos, la prensa popular, los debates legislativos y de muchas otras maneras. Ése es el proceso de la democracia en acción. La legislación típicamente aparece tiempo después de que este proceso ha iniciado. Las decisiones judiciales, especialmente las de nuestra Corte, funcionan mejor cuando aparecen de últimas, luego de que la experiencia ha hecho los efectos de la legislación perceptibles.¹⁴⁷

Finalmente, el profesor Mark Tushnet, quien se aventura a buscar las causales de tan inconsistente invectiva, asegura que las menciones de supuestas violaciones a la soberanía y la democracia de los Estados Unidos no son más que una forma de expresar preocupaciones de otra índole. Puesto que dichas críticas – como se evidenció – no tienen fundamento alguno, él sostiene que la verdadera inquietud subyacente en la mente de los detractores es una que tiene que ver con el papel de los jueces federales y su autoridad para cambiar el derecho estadounidense.¹⁴⁸ No se trata, entonces, de problemas institucionales que pongan en peligro el carácter soberano y democrático de la nación más rica y poderosa del planeta. Es, más bien, una crítica a la tarea de los magistrados de la Corte y la amplia discreción que ostentan al momento de decidir *qué es el derecho*. Una de las objeciones de fondo, según Tushnet, tiene que ver con el componente elitista de los jueces, quienes imponen sus valores por encima de las preferencias del pueblo norteamericano. Y puesto que las lanzas provenientes del campo de la “democracia y soberanía” ya han sido derrotadas, parece lógico, ahora, enfrentar los ataques de esta naturaleza.

145. E. Young, *Op. cit.*, p. 163.

146. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* p. 1287.

147. Stephen Breyer, *Keynote Address at the American Society of International Law*, citado en: H. Koh, “International Law as Part of Our Law”, *Op. cit.*, p. 55.

148. M. Tushnet, “Transnational/Domestic Constitutional Law”, *Op. cit.*, pp. 241, 257.

d) La discreción judicial

Bajo este acápite se encuadran diversas críticas al trabajo de los jueces en general y al de los magistrados de la Corte Suprema en particular. Si bien existen marcadas diferencias entre los ataques, todos tienen algo en común: se centran en desprestigiar la labor judicial de la Corte Suprema, cuando considera fuentes de derecho extranjeras en sus sentencias, como una tarea llena de defectos humanos,¹⁴⁹ a causa de la amplia discreción o potestad de sus magistrados al fallar. La línea de oposición, pues, se sirve de argumentos como el

149. Si bien podría tratarse como una crítica completamente diferente y autónoma (como, de hecho, lo hacen muchos autores), la *crítica de la dificultad* también tiene que ver con el trabajo que realizan los jueces al usar fuentes extranjeras en sus fallos. El reproche consiste, grosso modo, en sostener que acudir a fuentes foráneas acarrea una *dificultad* adicional para componer sentencias buenas y justas, puesto que los jueces – generalmente sin entrenamiento en análisis comparado del derecho – deben enfrentarse a un idioma extraño, a una cultura jurídica arcana, a una multiplicidad de matices estructurales y sustanciales que hacen prácticamente imposible (sino ineficiente y supremamente costoso) que puedan comprender de forma adecuada la decisión extranjera, para luego incorporarla en su propio fallo. A esto se sumaría, luego, la dificultad de la ciudadanía para comprender dichas decisiones. *Ver sobre esto*, E. Young, *Op. cit.*, pp. 165-167; J. McGinnis, *Op. cit.*, p. 320; C. F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’”, *Op. cit.*, pp. 89-90, 93-94; C. F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista”, *Op. cit.*, pp. 206-207. Parte de la crítica nace de la sentencia *Printz v. United States* (521 U.S. 898, (1997)), en la cual el magistrado Breyer erróneamente (según la mayoría de los académicos) interpretó el caso de Alemania para concluir que reclutar por la fuerza (el término en inglés es *commandeer*) a los agentes estatales para ejecutar normas federales de los Estados Unidos no presentaba riesgo alguno para el federalismo. Puesto que el federalismo de los Estados Unidos y el de Alemania tienen importantes diferencias, la posición del magistrado Breyer era incorrecta. Así pues, los opositores aducen que es muy probable cometer este tipo de errores al recurrir a fuentes extranjeras, ignorando factores relevantes al comparar entre jurisdicciones. Pero frente a esta crítica también hay respuestas. Y es que, como asevera Tushnet, el hecho de que usar fuentes extranjeras pueda acarrear cierta dificultad no dice nada que no sea verdad de muchas otras prácticas. Los jueces en general tienen que enfrentarse a una miríada de áreas del conocimiento para encontrar soluciones a los diversos casos que deben resolver, en parte porque el derecho debe pronunciarse virtualmente sobre todo el conocimiento humano. Al fallar sobre un tema de derecho de la competencia, los jueces deben saber de economía; al encarar algunos procesos penales, deben examinar problemas de psicología; al decidir sobre una demanda de responsabilidad civil, pueden verse inmersos en cuestiones de ingeniería o medicina; y, finalmente, al emplear una interpretación originalista, deben, indudablemente, ahondar en la historia. Nadie que sea considerado un experto en estos temas cree que los jueces realizan un buen trabajo al opinar sobre ellos, y las críticas ante sus pronunciamientos no se hacen esperar. Es lógico: personas con muy poco conocimiento sobre el tema están tomando decisiones de hondo calado. Sin embargo, es una labor que se les permite en todos los campos y sólo se espera que sean concienzudos y la hagan bien. No hay ningún motivo para concluir que los errores provenientes del uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia serán más frecuentes o más graves que aquéllos surgidos de emplear otras disciplinas. Además, debe decirse que también aquí hay un proceso de aprendizaje, el cual – como con la economía, la psicología, la ingeniería, la medicina o la historia – arrojará mejores resultados a medida que transcurre el tiempo. Si Adams, Hamilton y toda una cohorte de abogados de la época pudieron aprender a usar el *Ius Gentium* con destreza – señala el profesor Farber –, los juristas contemporáneos, quienes gozan de un mundo estrechamente interconectado, también pueden aprender a usar el derecho extranjero. Y frente a los lectores de las decisiones judiciales no cabe sino replicar de igual forma: el derecho foráneo no comporta más complejidad que las numerosas otras materias sobre las que versa la jurisprudencia. *Ver sobre las réplicas*, M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* pp. 1294-1298, D. Farber, *Op. cit.*, p. 26.

enorme margen para decidir que proveen las fuentes extranjeras o la intención perversa de los magistrados que defienden su uso para virar la jurisprudencia de la Corte hacia la *izquierda*. También se dice que las fuentes de otros Estados se usan como máscaras para tapar las opiniones personales de los magistrados al momento de decidir. En fin, a continuación se dirá algo sobre cada uno de estos embates.

En primer término, quienes consideran el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia constitucional como algo nefario aseguran que la práctica incrementa la discreción de los magistrados al fallar. Puesto que son tantas las jurisdicciones extranjeras y se encuentran tan diversas fuentes de derecho, la situación genera una increíble indeterminación para los jueces, quienes pueden encontrar cualquier resultado imaginable.¹⁵⁰ Con ello, los magistrados de la Corte se convierten en agentes selectivos, escogiendo de entre el vasto universo de disposiciones las que su voluntad así prefiera. La idea parecer ser que el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia permite que los magistrados seleccionen a placer las fuentes que quieren usar y, por ende, manipulen el resultado de la sentencia.¹⁵¹ El señalamiento es simple y parece ser coherente: la práctica en cuestión aumenta la potestad de los jueces al momento de decidir.

La réplica, en este caso, puede ser mucho más extensa que la crítica. Pero es conveniente comenzar por un punto que no resulta menor: esta acusación no se refiere de manera distintiva o concreta al uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia, sino que es una crítica general al sistema judicial y a la labor de los jueces.¹⁵² Cualquiera que sea abogado sabrá que, sin importar qué fuente de conocimiento se emplee por una corte al momento de llegar a una decisión (e.g., normas de otras áreas del derecho, registros históricos sobre las intenciones del legislador o del constituyente, estudios científicos, investigaciones sociológicas, descubrimientos médicos), quien resulte derrotado alegará que el juez ilegítimamente amplió su discreción al consultar otras fuentes. En otras palabras, el argumento trata de parecer propio del tema bajo estudio (i.e., trata de encontrarle un problema a la referencia a fuentes extranjeras en la jurisprudencia constitucional), pero en realidad es un reproche mucho más típico y cansado acerca de un tema amplísimo (i.e., la tarea de los jueces en general). El problema con esta crítica, para empezar, es que no distingue nada concreto sobre el uso de fuentes extranjeras, sino que se basa en cuestionar un aspecto característico de una actividad mucho más amplia, cual es la actividad judicial en sí misma. Sería semejante a criticar el fútbol, dentro de toda la gama de deportes, porque la gente que lo practica suda, ignorando que el mismo resultado es común al tenis, el baloncesto y el voleibol.

Por otro lado, los críticos no ofrecen ninguna demostración de que consultar una mayor cantidad de fuentes amplíe efectivamente la discreción. Los profesores Eric Posner y Cass Sunstein, por ejemplo (ambos avezados estudiosos de las ciencias económicas y muchos

150. E. Young, *Op. cit.*, p. 167; C. F. Rosenkrantz, "En contra de los 'Préstamos'", *Op. cit.*, pp. 94-95; C. F. Rosenkrantz, "Advertencias a un internacionalista", *Op. cit.*, pp. 210-211.

151. M. Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More?", *Op. cit.* p. 1280.

152. *Ibid.*, pp. 1277-1278, 1280.

en entendimientos matemáticos), junto con Mark Tushnet, aseguran que, en abstracto, una mayor cantidad de fuentes reduciría (no incrementaría) la discreción de los jueces.¹⁵³ Posner y Sunstein explican que el objetivo de basar el juicio propio en las ideas de otras personas es tener una disciplina auto-impuesta de consultar la información disponible en otros, sin darle rienda suelta a las propias preferencias.¹⁵⁴ Puede que se tengan más recursos al momento de decidir, pero si se piensa con detenimiento lo que esto implica, será palmario que no perjudica el resultado final. Más recursos sólo significan más información y nadie con una inteligencia promedio objetaría tener mayor información al momento de tomar una decisión importante. Piénsese en el caso de una pareja de casados que está buscando comprar una casa en la ciudad. ¿Será mejor para ellos, en aras de conseguir la mejor casa, al mejor precio, averiguar en tan sólo una o dos agencias de bienes raíces, o preguntar por toda la ciudad y visitar la mayor cantidad de viviendas posible? La respuesta no es complicada. Del mismo modo, si los Estados Unidos indaga por las prácticas de otras jurisdicciones, tendrá más y mejor información con base en la cual llegar a sentencias justas.

Pero aun si se acepta que la tesis de la mayor discreción a la mayor cantidad de fuentes es acertada (lo cual parece no es cierto), concentrarse en el aumento de la discreción judicial a causa de las fuentes extranjeras es como notar el ratón en la sala mientras se pasa por alto el elefante que está en la habitación. En el contexto actual de la Corte Suprema, los magistrados ya cuentan con una enorme discreción a la hora de considerar fuentes normativas y la posible variación en la discreción judicial que se presentaría por el uso de fuentes extranjeras sería tan marginal que no presta méritos para una crítica seria, sobre todo cuando proviene de quienes defienden el originalismo y el uso de las tradiciones de los Estados Unidos como métodos interpretativos.¹⁵⁵ La propia magistrada Ginsburg reconoce que sus colegas y ella pueden valerse de todo tipo de recursos, desde las recopilaciones jurídicas, pasando por los tratados académicos y llegando, incluso, hasta los artículos de *journals* escritos por profesores o estudiantes de derecho.¹⁵⁶ E inclusive con esta aceptación tan natural, la magistrada se queda corta. Para su labor de interpretar la Constitución, los jueces estadounidenses utilizan instrumentos tan variables como el texto de las normas jurídicas, la intención, el precedente, la historia, la estructura, los valores y las consecuencias pragmáticas.¹⁵⁷ Y según la profesora Vicki C. Jackson, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, en Washington, no hay motivos para creer que las fuentes extranjeras serán el factor primordial a tener en cuenta en las sentencias a venir; más bien, luego de revisar todas las demás fuentes mencionadas, los

153. E. Posner, C. Sunstein, "On Learning from Others", *Op. cit.*, p. 1312; M. Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More?", *Op. cit.* p. 1281.

154. E. Posner, C. Sunstein, "On Learning from Others", *Op. cit.*, p. 1312.

155. Indagar por las tradiciones de los Estados Unidos en sus más de doscientos años de historia no es, de ninguna manera, limitarse a fuentes concretas o determinadas.

156. R. Ginsburg, *Op. cit.*

157. V. Jackson, *Op. cit.*, p. 122.

magistrados tratarán de mirar hacia afuera para encontrar alguna pista sobre el problema que deben resolver. Si las fuentes internas proveen una solución armónica, las externas no harán cambiar de opinión a los jueces. Sólo serán de utilidad si hay dudas o ambigüedades en el derecho interno.¹⁵⁸

Una variante de esta crítica de la discreción judicial dice que el uso de fuentes extranjeras hasta el momento solamente ha sido un arma para impulsar un proyecto de izquierda en los Estados Unidos. Dicho de otro modo, los conservadores (entre los cuales se encuentran los miembros del Partido Republicano) sostienen que las fuentes extranjeras solamente se despliegan cuando son útiles para aumentar derechos liberales, pero no cuando ellas conducirían a una restricción de estos derechos.¹⁵⁹ En las tres sentencias que abrieron la caja de pandora, los Estados Unidos estaba rezagado frente al resto del mundo en términos de sus garantías constitucionales a los retrasados mentales, los homosexuales¹⁶⁰ y los menores de edad. Pero nada asegura que la comparación del derecho estadounidense con el foráneo *umente* o *expanda* la protección de derechos. Parece factible, en cambio, que los Estados Unidos, una de las democracias más fuertes del mundo, esté a la vanguardia en muchos aspectos de derechos.¹⁶¹

Y es que en el campo de la interpretación constitucional estadounidense hay una miríada de asuntos que podrían prestarse para ser comparados con las normas del resto del mundo: los derechos de propiedad, el aborto, el establecimiento de una religión oficial, el derecho a la libre expresión, entre los más notables. Al examinar algunos ejemplos potenciales,¹⁶² se observará cómo los Estados Unidos tiene una posición más abierta y liberal que la de la mayoría de Estados. En el controvertido tema del aborto, por ejemplo, desde que en 1973 la Corte Suprema de Justicia lo protegió constitucionalmente,¹⁶³ numerosos países alrededor del mundo han cerrado filas frente al derecho de una mujer para terminar su embarazo, y los Estados Unidos es uno de los poquísimos que permite el aborto a voluntad, hasta el término de viabilidad.¹⁶⁴ Así mismo ocurre con el derecho a la libertad de expresión, que es protegido de sobremano según la lectura que la Corte le ha dado a la Primera Enmienda. Países en Europa y el resto del mundo son más severos al regular los insultos a

158. *Ibid.*, pp- 122-123.

159. M. Ramsey, *Op. cit.*, p. 69.

160. El profesor Roger Alford no cree que los Estados Unidos estuviese dentro de la minoría al castigar las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo. Según él, los reportes de las organizaciones no gubernamentales Human Rights Watch y Amnistía Internacional – en los cuales se demuestra que la comunidad LGBT continúa siendo abusada sistemáticamente en todo el mundo – son una prueba fehaciente de que la propuesta de sancionar la actividad privada de las personas homosexuales todavía tiene acogida en ciertas partes del mundo. R. Alford, *Op. cit.*, pp. 65-66. Su argumento adolece de una infantil falacia naturalista.

161. M. Ramsey, *Op. cit.*, p. 76.

162. "Potenciales", puesto que en la elaboración de este artículo no se ha hecho una investigación empírica para soportar conclusiones definitivas sobre las prácticas de otras naciones.

163. La famosa y controvertida sentencia que protegió el derecho de una mujer a practicarse un aborto es *Roe v. Wade*.

164. R. Alford, *Op. cit.*, pp. 67-68; Antonin Scalia, *Roper v. Simmons*, citado en: M. Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More?", *Op. cit.* p. 1283.

los símbolos patrios y los líderes nacionales, la propaganda de secesión y las expresiones de odio racial y religioso.¹⁶⁵ Junto con esto, las fuertes garantías procesales brindadas a los acusados en procesos penales¹⁶⁶ y la prohibición de la citada Primera Enmienda para que en el territorio se establezca un credo oficial,¹⁶⁷ hacen inexorable la pregunta de si el derecho constitucional debe alterarse también para constreñir estos derechos.

Sin embargo, se reprocha que la Corte no haya fijado su atención sobre ninguna de estas temáticas, dejando manifiesta su intención de usar las fuentes extranjeras que consulta solamente cuando ellas sirvan para expandir derechos civiles.¹⁶⁸ Cuando el recurso a normas de otras jurisdicciones llevaría a disminuir los derechos de los ciudadanos, a la Corte se le acusa de ser miope. Y más incluso, los enemigos de la práctica pretenden recordarles a los magistrados liberales que un uso permanente de fuentes externas de derecho llevaría, inevitablemente, a ciertas limitaciones en los derechos de la Constitución. Por este motivo coligen que el recurso debe ser frenado, so pena de sufrir las consecuencias de resultados conservadores en el derecho estadounidense.¹⁶⁹

La respuesta contundente a esta crítica debe ser, sin más, que “no importa que el uso de fuentes extranjeras arroje resultados conservadores”.¹⁷⁰ Como defensores de un sistema interpretativo, los jueces – y los académicos – no deben (debemos) estar comprometidos a priori con un uno u otro resultado, por lo cual no debe impartir temor alguno que, en ciertos casos, las normas de otros países puedan restringir ciertos derechos de los Estados Unidos. Concluir que esto es una razón para abandonar la práctica sería equivalente a aceptar que más derechos son siempre mejor para una nación,¹⁷¹ cuando los derechos reconocidos por la legislación de un pueblo deben obedecer a una cuidadosa consideración de sus valores y sus necesidades, no a un simple deseo de acumulación. Algunos derechos merecen ser revisados, en tanto que pueden obedecer a yerros de percepción. La comparación rigurosa con otras jurisdicciones puede servir para comprobar cuáles de los derechos actuales de los Estados Unidos son verdaderamente fundamentales, y cuáles pueden ser reconsiderados. En palabras de un académico, “se debe tomar lo dulce con lo amargo”, de forma que se puedan contradecir, y no únicamente confirmar, las opiniones progresistas.¹⁷² La única objeción a esta formulación, retomando lo dicho, es que no hay motivos para creer que menos derechos o derechos más restrictivos son una consecuencia *amarga*.

Si, en cambio, la acusación toma la forma de que los magistrados solamente se basan en las fuentes de otras naciones para avanzar sus ideales liberales y progresistas – ignorando las que resulten en sentencias conservadoras –, se podría decir que están siendo *sofistas*, según las acusaciones del magistrado Scalia.¹⁷³ En respuesta a esta denuncia pueden

165. M. Ramsey, *Op. cit.*, p. 77.

166. *Ibid.*

167. R. Alford, *Op. cit.*, p. 68.

168. *Ibid.*, p. 67.

169. *Ibid.*, p. 69.

170. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* p. 1282.

171. M. Ramsey, *Op. cit.*, p. 77.

172. *Ibid.*

173. “Invocar las leyes extranjeras cuando se ajustan a la propia manera de pensar, e ignorarlas de otro modo, no es decidir racionalmente sino sofistería”. *Roper v. Simmons*, *Op. cit.*

adelantarse tres observaciones. Primero, las citas de fuentes extranjeras hasta el momento han sido esporádicas y no aparecen en todas las decisiones de la Corte, por lo cual, si bien ha sido una práctica que se remonta a los primeros días de la institución, no parece probable que los magistrados que la apoyen, lo hagan para promover sus intereses liberales.¹⁷⁴ De ser esto cierto, sería cotidiano ver referencias a normas de otras jurisdicciones cada vez que un magistrado liberal quisiera promover la defensa de garantías o derechos que estén ausentes en los Estados Unidos. Pero ello no ha sido así. O quizá se deba a que son hipócritas muy poco consistentes, pues uno esperaría que un magistrado con planes de alterar el significado de la Constitución de los Estados Unidos para hacerla más liberal fuera recurrente en sus intentos. Si existe algún grado de hipocresía en el uso de estas fuentes, tal grado no supera la hipocresía normal que puede tener un juez al momento de promover ciertas decisiones. Y es que a los jueces, bien sean conservadores o liberales, capitalistas o socialistas, siempre se les ha acusado de promover intereses políticos concretos. Así que, de nuevo, esta crítica no es distintiva, sino que se queja de la tarea judicial per se.

Segundo, debido a que los críticos conservadores se oponen a las fuentes extranjeras por principio, no les suministran a sus partidarios en la Corte (i.e., los magistrados que asimismo se oponen a la práctica) normas y decisiones de jurisdicciones extranjeras que puedan servir para defender los intereses conservadores.¹⁷⁵ Mark Tushnet se refiere a esta actitud como un “desarme unilateral” por parte de los conservadores,¹⁷⁶ quienes han renunciado inexplicablemente a consultar fuentes de otras latitudes, inclusive si ellas pueden promover sus compromisos políticos. Con esto, los liberales – quienes sí reciben con brazos abiertos las fuentes de otros Estados – tienen todas las cartas, mientras los conservadores se quedan sin ases para sacar al final de la mano. El juez Richard Posner, quien es un ferviente crítico del uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia constitucional – a más de ser un ácido comentarista del derecho estadounidense –, así lo explica: “El magistrado Scalia podría pasar de denunciar la citación de decisiones extranjeras por parte de sus colegas a lanzar su red de manera suficientemente amplia para recoger precedentes que apoyen sus posiciones sobre el homosexualismo, el aborto, la pena capital y el papel de la religión en la vida pública – pues tales precedentes abundan en las cortes alrededor del mundo”.¹⁷⁷ En cierta medida, si es que existen resultados preponderantemente liberales, ellos se deben a la negligencia de los activistas y los jueces conservadores.

Pero en otra medida, estos resultados aparentemente tan tendenciosos se deben a la realidad política de los Estados Unidos en comparación con el resto de los países desarrollados. Como informa *The New York Times*, las cortes constitucionales del mundo son generalmente más liberales que la Corte Suprema de los Estados Unidos.¹⁷⁸ Desde

174. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* p. 1283.

175. *Ibid.*

176. *Ibid.*

177. Ver Richard A. Posner, “The Supreme Court 2004 Term-Foreword: A Political Court”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p.86.

178. A. Liptak, *Op. cit.*, p. 1.

que William Rehnquist se convirtió en Presidente de la Corte en 1986, pasando por el año 2005, cuando le entregó su cargo – tras su muerte – al nuevo Presidente del tribunal, el magistrado John G. Roberts, y hasta hoy, la institución ha estado caracterizada por un dejo conservador. Durante este cuarto de siglo, los intereses del Partido Republicano han dominado las sentencias del alto tribunal, dejando de lado avances que han permeado al resto de las cortes. Así pues, cuando en la actualidad se mira hacia afuera, no es difícil que lo que se encuentre sea liberal – si se le compara con los Estados Unidos. Richard Goldstone, ex magistrado de la Corte Constitucional de Sudáfrica y antiguo jefe acusador para crímenes de guerra de las Naciones Unidas, lo elucida claramente:

Los Estados Unidos probablemente es la democracia más conservadora del mundo entero. La pena de muerte, los asuntos de género, la asistencia social – cualquier tema. Creo que sería justo decir que el miembro más conservador de la Corte Constitucional de Sudáfrica estaría a la izquierda del miembro más progresista de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Entonces, al mirar lo que están haciendo otras democracias, sería mirar hacia la izquierda, no hacia la derecha. Creo que los conservadores en los Estados Unidos están diciendo: ‘No lo hagan, porque obtendremos malas respuestas’.¹⁷⁹

La razón, luego, para que la mayoría de los resultados apunten hacia la izquierda, es que los Estados Unidos lleva casi tres décadas de dominio jurídico conservador. Su historia y su Constitución, como se explicó, reclaman otro camino.

La tercera parte de la crítica a la tarea de los jueces interseca la recién estudiada en cuanto también tiene que ver con los resultados de las sentencias de la Corte, pero contiene un elemento característico que la distingue y merece su consideración por separado: asevera que las opiniones extranjeras se usan como meras decoraciones en los fallos, sin que tengan peso real en la decisión. Un señalamiento de esta clase resultaría absurdo si no se elaborase con más precisión por quienes lo presentan, pues en vez de declarar que las fuentes extranjeras reciben *demasiada* atención por parte de la Corte, se está diciendo totalmente lo contrario: que no tienen ningún peso y que son simples ornamentos.¹⁸⁰ Frente a esta curiosa protesta, cabe señalar que algunos de los magistrados de la Corte que defienden el uso de fuentes extranjeras reconocen que éstas sí tienen peso en sus decisiones.¹⁸¹ Pero el argumento de fondo es que los magistrados utilizan las fuentes extranjeras como maquillaje para cubrir sus propias opiniones y sus valores personales, los cuales pretenden esconder del público general, demostrando falta de responsabilidad y

179. J. Toobin, *Op. cit.*

180. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.*, pp. 1287-1288.

181. Sandra Day O’Connor, Magistrada, Corte Suprema de los Estados Unidos, “Remarks at the Southern Center for International Studies”, *Página web Southern Center for International Studies*, [en línea], 28 de octubre de 2003, disponible en: <http://www.southerncenter.org/OConnor-transcript.pdf>, consulta: 14 de julio de 2010; R. Ginsburg, *Op. cit.*

cobardía al decidir.¹⁸² Supuestamente se usa la aparente validez de las normas extranjeras para llevar a cabo un tipo de activismo judicial que reemplaza las decisiones democráticas por los valores elitistas de los magistrados.¹⁸³ La sugerencia de los opositores es que los jueces se limiten a dar las razones propias que tengan para cada decisión, sin agregar opiniones de terceros, que no hacen más que empantanar y oscurecer el asunto.¹⁸⁴ Al fin y al cabo, si se rechaza el relativismo moral (como efectivamente se ha hecho), entonces debe colegirse que las preguntas morales tienen respuestas objetivamente correctas, que no dependen de quién las responda o de dónde provenga la respuesta. Así las cosas, es superfluo adicionar opiniones y conceptos de otras jurisdicciones, cuando lo único necesario es dictaminar la verdad en la forma de una decisión que diga, por ejemplo, “la imposición de la pena de muerte a personas con retraso mental está mal”.¹⁸⁵

Para comenzar a desarticular esta embestida, es necesario apuntar en una dirección que ya se ha mostrado: la crítica que asemeja las fuentes extranjeras a máscaras que se usan para cubrir opiniones personales de los jueces es un argumento que puede usarse contra todo tipo de fuentes de la jurisprudencia.¹⁸⁶ Se ha puesto ya de presente cómo los magistrados de la CSJ pueden emplear lo que les plazca en sus escritos, desde textos legales hasta apartes de literatura o prensa. Bajo este entendido, tanto los jueces liberales como los conservadores insertan en sus páginas “decoraciones” que explican más detalladamente sus decisiones, o ilustran con mayor gracia sus opiniones. El punto es que hay una cantidad no determinada de fuentes que se pueden usar en una sentencia para explicar una opinión personal. Si el objetivo es eliminar cualquier referencia que no provenga directamente de los magistrados y que pueda estar cubriendo las opiniones de éstos con la aparente validez de otra fuente, se tendrían que proscribir todas las citas de artículos jurídicos, textos bíblicos, obras musicales o de literatura y, en fin, cualquier palabra que no tuviera origen en la mente del juez. A partir de ahora, según esta idea, el magistrado que escriba una sentencia tendría que ser absolutamente original en sus pensamientos, sin valerse de las palabras o reflexiones de alguien más. Es una tarea digna tan sólo de dioses. Y además es una crítica que no distingue nada diferente acerca del uso de fuentes extranjeras, pues se basa en toda una práctica judicial que incluye muchísimas fuentes más.

El segundo defecto que se puede destacar en esta tesis es que no existe ninguna prueba de ella, y que, hasta el momento, nadie la ha elaborado de manera apropiada.¹⁸⁷ Nadie ha sabido explicar por qué los jueces que deciden con base en motivaciones personales usarían las fuentes extranjeras como camuflaje en unas ocasiones pero no en otras, ni por qué algunos jueces que deciden con base en motivaciones personales usan las fuentes extranjeras para cubrir sus razones, mientras otros jueces que deciden con

182. Richard Posner, *No Thanks, We Already Have Our Own Laws*, citado en: M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.*, p. 1288.

183. J. McGinnis, *Op. cit.* pp. 325-326.

184. *Ibid.*, pp. 327-328.

185. J. Waldron, *Op. cit.*, pp. 8-10.

186. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.*, pp. 1288-1289.

187. E. Posner, C. Sunstein, “The Law of Other States”, *Op. cit.*, p. 176.

base en motivaciones personales no lo hacen. La teoría, por lo menos en su estructura actual, es bastante débil.

Finalmente, para responder a la simplificación moral que pretende buscar respuestas absolutas sin ninguna clase de justificación, se puede contestar con una precisión. El hecho de que una persona rechace el relativismo moral no la convierte en defensora del *Ius Naturalismo*. El derecho es una obra del pensamiento humano, y como tal, precisa de elaboración, diálogo y discusión si pretende alcanzar niveles de validez cada vez mayores. En este sentido, la teoría del *constructivismo ético* habla de una construcción paulatina de los valores y los juicios morales a través de un proceso democrático bastante riguroso.¹⁸⁸ No se trata de rechazar el relativismo moral para luego creer que las respuestas son absolutas sin más, y que no se requiere de trabajo arduo para llegar a ellas. Creer que las verdades son reveladas mágicamente por un ser superior, o que existen en el éter desde el principio de los tiempos para que los escogidos las perciban, es una característica propia del *Ius Naturalismo*, tan desacreditado como el relativismo. Incluso en las ciencias exactas, donde existen verdades objetivas que superan la esfera humana, ningún autor que aspire obtener el respeto de sus pares osaría comunicar sus conclusiones al mundo sin una debida presentación del conocimiento humano sobre la materia. Y si un físico o matemático que ha descubierto una nueva consecuencia de la gravitación planetaria decide publicarla sin ninguna referencia al conocimiento agregado de sus colegas – alegando que busca verdades objetivas –, sería el hazmerreir de la comunidad científica.¹⁸⁹ Según esta crítica, Isaac Newton, al descubrir la Ley de la Gravitación Universal (ésta sí una verdad absoluta del mundo, con independencia de la existencia humana) no hubiese tenido que hacer más que proclamarla ante todos, sin una debida justificación o una rigurosa estructura. Nadie que tenga por lo menos un grado mínimo de interés en la academia pensaría que, bien en las ciencias exactas (como la física y las matemáticas), bien en las disciplinas sociales (de las cuales hace parte el derecho), una afirmación de peso puede hacerse sin justificación. La justificación, la elaboración y la discusión de cada asunto son fundamentales para un juez, y no deben entenderse como simples decoraciones. El hecho de que se citen argumentos de otras latitudes y de otras personas no quiere decir que no se tenga razón en lo que se piensa; es exactamente lo opuesto. Citar a otros es una demostración de humildad, de respeto por el conocimiento humano y de disposición a aprender. No hacerlo es una actitud arrogante, despectiva e ingenua, porque tiene implícita la idea de que no se necesita la ayuda de otros.

188. El constructivismo ético deposita su fe en la razón, y cree de manera particular en el diálogo, en el discurso moral, para arribar al conocimiento humano de forma pacífica y compartida, construyendo la validez de los juicios morales conjuntamente. En esta búsqueda, el procedimiento del discurso moral debe ser público, equitativo, imparcial y transparente. No debe recurrirse a la violencia, el engaño o la amenaza. Además, los argumentos deben proscribir referencias a fuentes arcanas o místicas; deben ser consistentes y carecer de contradicciones; y deben emplear un lenguaje semasiológico. También se deben buscar normas que se puedan universalizar en la forma del imperativo categórico de Kant. Para un argumento completo sobre esta postura, ver Gloria María Gallego García, "Sobre el constructivismo ético", memoria sin publicar, Medellín, 2010.

189. J. Waldron, *Op. cit.*, pp. 8-10.

Conclusión

Tras una cuidadosa examinación de las críticas principales al uso de fuentes extranjeras por parte de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, es dable concluir que dichas objeciones carecen de sustancia y de fundamento. Son, en una palabra, exageradas. Como se ha visto, las protestas se basan en pésimos argumentos históricos (desconociendo descaradamente la historia y creando, en vez, fábulas parcializadas); en inconsistentes posiciones morales y plegarias a la diversidad (validando cualquier tipo de resultado judicial, con la excusa pobre de que cada Estado – por ser único – tiene derecho a defender normas distintas); en débiles razones democráticas y de soberanía (tejiendo una maraña de confusión para ocultar el verdadero sentido de ambos conceptos); y en acusaciones cansadas, injustificadas y faltas de creatividad a la labor de los jueces (tratando de protestar exclusivamente por la práctica, pero evidenciando una típica crítica a toda la actividad judicial).

Las motivaciones de los enemigos de la práctica dejan ver, más bien, un dejo de temor: temor al dominio extranjero, temor al activismo judicial, temor, en fin, a lo desconocido.¹⁹⁰ Es demasiado atrevido aseverar que las decisiones de otras jurisdicciones son totalmente irrelevantes para la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos, pues esta posición se deriva de una falsa dicotomía entre excluir por completo lo externo de la jurisprudencia estadounidense, por un lado, y dejar que lo extranjero controle el significado de la Constitución, por el otro.¹⁹¹ Este artículo ha demostrado claramente que no hay por qué tomar una de tales decisiones extremas. El punto medio, como en otras ocasiones, sería una mejor alternativa. No en vano la templanza es una de las clásicas virtudes cardinales.

Sin embargo, bien sea que los críticos más severos del uso de fuentes extranjeras estén expresando un desacuerdo justificado e imparcial, bien sea que reflejen un temor político (la respuesta dependerá de a quién se pregunte, pero la posición del presente texto está más que sentada), algunos no se salvan de incurrir en dicha metodología – así sea de manera esporádica – y, de paso, en una tremenda incoherencia argumentativa. El “desarme unilateral” de los conservadores no ha impedido que, de cuando en cuando, una de sus figuras icónicas (i.e., el magistrado Scalia) se haga de un arma para intentar defenderse del ala liberal de la Corte.¹⁹² Pero puede que el remedio sea peor que la enfermedad. Recurrir

190. G. Neuman, *Op. cit.*, p. 82; Carlos F. Rosenkrantz, por ejemplo, escribió lo siguiente en la introducción a uno de sus artículos: “(...) [S]ugeriré que tomar prestado derecho o decisiones judiciales extranjeras es difícil de validar porque, sencillamente, son extranjeros”. C. F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista”, *Op. cit.*, p. 203.

191. G. Neuman, *Op. cit.*, p. 82.

192. El furibundo magistrado Scalia ha empleado fuentes extranjeras para defender sus posiciones en sentencias como *McIntyre v. Ohio Elections Comm’n*, 514 U.S. 334, (1995) (observando que prohibiciones a expresiones anónimas de campaña en países como Australia, Canada y el Reino Unido sugieren que dichas prohibiciones no afectan la democracia); y *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993) (oponiéndose a la jurisdicción extraterritorial del Congreso de los Estados Unidos sobre las actividades en el extranjero de personas acusadas de conductas monopolísticas, aduciendo que “(...) ésta y otras cortes han reconocido frecuentemente que (...) una norma no debe interpretarse en el sentido de que regule a personas o actividades extranjeras, si dicha regulación contraría los principios de derecho internacional”. H. Koh, “International Law as Part of Our Law”, *Op. cit.*, p. 47; V. Jackson, *Op. cit.*, p. 120.

a la práctica que condena con tanta vehemencia cuando le es provechoso, hace relucir el carácter oportunista de sus posiciones. Y, así mismo, le resta fuerza a sus ataques. Incluso en *Lawrence*, es palmario que los magistrados de la Corte que se opusieron al uso de fuentes extranjeras en la decisión (pero apoyaron la sentencia del tribunal de segunda instancia que sostuvo la constitucionalidad de la norma) estaban parados sobre arenas movedizas, pues su postura era francamente vulnerable. En primer lugar, puesto que en la sentencia de segunda instancia¹⁹³ la Corte de Apelaciones de Texas se valió del derecho romano, de Sir William Blackstone¹⁹⁴ y de Montesquieu para llegar a la conclusión de que la civilización occidental creía en regular la conducta homosexual de los seres humanos a través de la acción estatal.¹⁹⁵ En segundo lugar, puesto que el mismo salvamento de voto de la sentencia (escrito por el magistrado Scalia) contenía una referencia a normas extranjeras: Scalia citó un reciente caso canadiense para sugerir que el razonamiento de la CSJ sobre la constitucionalidad de las relaciones sexuales consentidas entre parejas del mismo sexo podría conducir a la protección constitucional del matrimonio homosexual.¹⁹⁶ Con todo, queda demostrado que los conservadores usan las fuentes extranjeras cuando así lo quieren y, principalmente, cuando les conviene.

Del mismo modo, se evidencia un miedo injustificado a la supuesta autoridad de las fuentes extranjeras en el derecho de los Estados Unidos. Pero esta forma de entender el valor de las fuentes extranjeras en las decisiones de la Corte Suprema pierde de vista el verdadero significado que ellas pueden tener a la hora de resolver un caso difícil. Nadie – o por lo menos ninguno de los autores, académicos o magistrados que se han pronunciado en favor de la metodología – cree que las fuentes extranjeras se deben entender en los Estados Unidos como *precedente*.¹⁹⁷ Y es que el precedente, en rigor, es una decisión que tiene peso normativo debido a la autoridad de la corte que la emitió y no debido a las razones que la soportan.¹⁹⁸ En este orden de ideas, el precedente cobra importancia cuando se está en desacuerdo con los fundamentos de una decisión, pero a pesar de ello se acoge la decisión debido a la autoridad de la corte que dictó la sentencia.¹⁹⁹ Ello no ha ocurrido aún en los Estados Unidos y no hay señal alguna de que pueda ocurrir próximamente. Tanto en *Atkins*, como en *Lawrence* y *Roper* – y en las numerosas otras sentencias de la Corte donde se ha empleado alguna fuente extranjera para ayudar con el problema

193. *Lawrence v. State*, 41 S.W. 3d 349 (2001).

194. Sir William Blackstone fue un reconocido jurista y juez británico, autor de "Comentarios sobre las leyes de Inglaterra", una obra clásica del derecho anglosajón, consultada aun hoy en día. Nació en 1723 y murió en 1780.

195. H. Koh, "International Law as Part of Our Law", *Op. cit.*, pp. 50-51.

196. *Ibid.*; G. Neuman, *Op. cit.*, p. 90.

197. *Ver sobre esto*, e.g., S. O'Connor, *Op. cit.*; R. Ginsburg, *Op. cit.*; M. Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More?", *Op. cit.*; E. Posner, C. Sunstein, "The Law of Other States", *Op. cit.*; E. Posner, C. Sunstein, "On Learning from Others", *Op. cit.*; J. Waldron, *Op. cit.*

198. M. Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More?", *Op. cit.* pp. 1276, 1284. Por este motivo, dentro de la clasificación que hace el profesor Rosenkrantz, es menester ubicar el trato dado a las fuentes extranjeras por la Corte Suprema de los Estados Unidos dentro de los usos *no autoritativos* del derecho extranjero. *Ver sobre esto*, C. F. Rosenkrantz, "En contra de los 'Préstamos'", *Op. cit.*

199. *Ibid.*, p. 1284.

jurídico –, la Corte Suprema ha considerado tanto sus propias razones como las razones de la opinión extranjera para arribar, finalmente, a una decisión informada. Nunca se ha dicho que las decisiones judiciales u opiniones de otras jurisdicciones tengan peso en el sistema jurídico estadounidense sin consideración a las razones que ellas propongan. La base para considerarlas es, precisamente, contar con más y mejor información al momento de dictar una sentencia.

En este sentido, las fuentes extranjeras son mera información y no tienen poder alguno en el territorio estadounidense.²⁰⁰ Es crucial dejar de lado la sinonimia entre *aprender* y *obedecer*, así como entre *informar* y *ordenar*.²⁰¹ El Reino Unido puede suministrarle a los Estados Unidos información empírica y moral sin estar impartiendo una orden; correlativamente, los Estados Unidos – más exactamente la Corte Suprema – puede aprender de esta información para hacer sus decisiones mejores y más acordes a los hechos, sin obedecer la autoridad del Reino Unido. Porque la información provista puede ser entendida como simple información, del mismo modo que se reciben los resultados de un experimento físico en Suiza o un estudio genético en Alemania. Los defensores del uso de fuentes extranjeras señalan que una de sus principales motivaciones para emplearlas es que hay mucho que aprender de las decisiones de otros juristas experimentados que han enfrentado problemas similares.²⁰² La ciencia es una bañista asidua del océano que es la información, en el sentido de que aprovecha el conocimiento agregado de la humanidad para avanzar el desarrollo de sus diversas disciplinas. No hay razón para que el derecho no pueda aprender del mismo modo.

Considérese el caso de una nueva peste o enfermedad infectocontagiosa que está azotando las principales ciudades de los Estados Unidos, dejando miles de muertos y avanzando rápidamente hacia el resto del país. Sería ridículo pensar que porque la enfermedad apareció en los Estados Unidos, las autoridades de salud pública solamente deberían atender a la ciencia norteamericana para resolverla. Todo lo contrario. Se esperaría que los encargados de velar por la salud de la nación mirasen a los más recientes descubrimientos y desarrollos médicos del exterior, en aras de encontrar la mejor cura para la crisis. Se esperaría que considerasen las técnicas y experimentos más vanguardistas para contener la enfermedad, sin importar de dónde provinieran. Se esperaría que indagasen por las conclusiones y estrategias más sólidas, más efectivas y que pudieran servir mejor al pueblo norteamericano. El origen de esta información importaría muy poco.²⁰³ La exigencia sería que los funcionarios de salud buscaran la

200. Ver supra "La soberanía y la democracia".

201. E. Posner, C. Sunstein, "On Learning from Others", *Op. cit.*, p. 1313.

202. S. O'Connor, *Op. cit.*

203. Importaría poco, que no nada, pues el origen de la información – bien sea científica, bien sea jurídica – es relevante en el sentido de que provenga de una fuente confiable. Así como no se daría validez, por ejemplo, a la información científica de un país que no haya aceptado que la tierra es redonda, tampoco se daría credibilidad a la información jurídica de un Estado fascista, tiránico o absolutista. J. Waldron, *Op. cit.* p. 15.

mejor solución para el problema, y la mejor solución se obtendría – con seguridad – al prestar cuidadosa atención al resto del mundo.²⁰⁴

En esta permeabilidad al conocimiento agregado del hombre, el derecho y la ciencia son idénticos. El derecho también puede apreciarse como una disciplina que se nutre de los hallazgos de la humanidad para obtener conclusiones apropiadas a problemas difíciles. Temas como la pena de muerte comportan discusiones importantes (e.g., ponderar los derechos que entran en conflicto) que deben evaluarse juiciosamente. Las soluciones a algunas de las cuestiones más polémicas del derecho se pueden encontrar por medio de un proceso semejante al que produce las teorías de la ciencia. Estas teorías no se presumen infalibles; no se asientan de una vez y por todas, sino que cambian – a veces drásticamente – a través de los años; y siempre existen algunos que se resisten a aceptarlas, a veces sin argumentos, y otras, con razones que cambian el curso de la historia.²⁰⁵

Pero lo que caracteriza a la empresa científica no es sólo una acumulación de conocimiento; es una compleja red de experimentación, de probar y comprobar de nuevo los resultados obtenidos, de elaboraciones mutuas, de correcciones a ideas aceptadas durante siglos, de un riguroso análisis de cada materia, y de construir sobre el trabajo de los demás.²⁰⁶ Las palabras de Sir Isaac Newton son perfectas para describirlo: “Si he podido ver más lejos, ha sido porque me he parado sobre los hombros de gigantes”. Esta frase debería, también, ser pronunciada por quienes se dedican al estudio del derecho. Pues el derecho, como la ciencia, puede entenderse como una disciplina que busca resolver problemas complejos de la existencia humana. Y aquí, precisamente, radica la diferencia clave entre quienes consideran el uso de fuentes extranjeras ilegítimo y legítimo: los primeros creen que esta tarea es una cuestión de voluntad, mientras los segundos la ven como una cuestión de razón. Si uno entiende el derecho como voluntad, las fuentes extranjeras no tienen por qué importar o merecer consideración alguna: son solamente la voluntad de extranjeros, y su voluntad no debe primar sobre la de los estadounidenses. En cambio, si uno entiende el derecho como razón, las fuentes extranjeras servirán para construir un proceso similar al de la ciencia, donde cada elemento sea considerado por su capacidad para revelar información, con la intención de obtener el mejor resultado posible para el problema bajo examen.²⁰⁷

En el futuro, entonces, el uso de fuentes extranjeras debe ser sometido a mayor análisis y sus implicaciones deben ser puestas bajo la lente del microscopio jurídico. Los alcances de este artículo no eran compatibles con una justificación completa y exhaustiva de la práctica. Lo que sí ha quedado claro, sin embargo, es que no hay razones – al menos en este momento – para descartar una práctica tan valiosa en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos.

204. *Ibid.*, p. 13.

205. *Ibid.*, p. 14.

206. *Ibid.*

207. *Ibid.*, p. 16.

Mi cena en lo de Langdell*

Pierre Schlag**

Resumen

Este ensayo comienza una de esas frías mañanas húmedas de abril en Cambridge. Demasiado mojada para niebla, pero demasiado indiferente para lluvia. Me dolía la cabeza. Mis labios estaban secos y mi lengua hinchada. Seguramente había vuelto la fiebre. Peor aún: el efecto del láudano se estaba apagando. A la noche habría cena en lo de Langdell. Advertí que no cualquiera es invitado a lo de Langdell a cenar – ciertamente no dísculos profesores de derecho de las provincias. Esta iba a ser una oportunidad extraordinaria. Blacktone estaría allí. Duncan Kennedy tal vez. Sin dudas el joven Llewellyn. Golpeé a la puerta.

Palabras Clave. Teoría jurídica, reduccionismo, *critical legal studies*, postmodernismo, filosofía del derecho, historia del derecho, academia jurídica, ciencia de la información, Posner, Kennedy, Langdell, Minow, Kronman, Wigmore.

* Publicado en Buffalo Law Review, Vol. 52, ps. 851-63, 2004. Traducción de Guillermo Moro (UNL / UP).

** Pierre Schlag es Byron White Professor of Law en la Universidad de Colorado.

El profesor Schlag niega ser el narrador de esta pieza. Entre otras cosas, el profesor Schlag nos ha señalado que, a diferencia del narrador, él no tiene el hábito de consumir láudano, no es ahora ni nunca ha sido miembro del ALI, y nunca se ha encontrado con Langdell. (Nota de los editores)

Era una de esas frías mañanas húmedas de abril en Cambridge. Demasiado mojada para niebla, pero demasiado indiferente para lluvia. Me dolía la cabeza. Mis labios estaban secos y mi lengua hinchada. Seguramente había vuelto la fiebre. Peor aún: el efecto del láudano se estaba apagando.

A la noche habría cena en lo de Langdell. Decir que estaba inquieto no alcanza a capturar mi condición. Sería un asunto importante. Se me había pedido que asistiera. Parecía una reunión de pares – aunque con qué finalidad, todavía no lo sabía.

Advertí que no cualquiera es invitado a lo de Langdell a cenar – ciertamente no díscolos profesores de derecho de las provincias. Esta iba a ser una oportunidad extraordinaria. Saqué la invitación estampada de mi abrigo azul marino, sólo para asegurarme de que aún estuviera ahí. Estaba, por supuesto, aunque habiéndola sacado previamente tres o cuatro veces por la mañana, las fibras de papel color crema habían empezado a separarse. El papel se sentía gomoso y la tinta descorrida. Tosí y me tiré el abrigo sobre los hombros. Un trago estaría bien.

Langdell, por supuesto, no sabía de mi situación actual. Y en realidad, ¿cómo podría saber? Su vida profesional terminó en 1895 cuando se retiró de la facultad de derecho. La mía no empezó sino hasta 1991 (si es que puede decirse que empezó). Sería inesperado encontrarnos. Para cuando yo empecé a dar clases, él ya había estado muerto por casi 85 años.

Me di cuenta, por supuesto, de que esto haría que nuestro encuentro fuera aún más difícil, aún más incómodo. De hecho, ustedes podrían razonablemente preguntarse, ¿cómo podríamos encontrarnos en absoluto? Una pregunta apropiada. No es cosa de todos los días que un narrador ficcional pueda cenar con un hombre que ha estado muerto cerca de 100 años. Los problemas a ambos lados son significativos. El desafío literario solamente ya es inmenso.

Pero lo explicaré. Todo a su debido tiempo. Antes tengo que aprender a confiar en ustedes. En el pasado he confiado en demasiadas personas, para mi perjuicio. Tienen que entender. Sean pacientes.

Esta noche iría a haber diez de nosotros – sin contar a Blackstone y al joven Llewellyn. Yo tenía la esperanza de que Langdell organizara los asientos para evitar situaciones incómodas. Ciertas precondiciones deberían ser satisfechas, ciertas disposiciones elementales tomadas. Todo parecía depender del arreglo de los asientos.

Cuando llegué, Jerome Frank y Ronald Dworkin ya estaban ahí, sentados en unos grandes sillones marrones de cuero enfrentados uno al otro, sólo separados por una pequeña mesa de madera de cerezo. Ronald se estaba explayando sobre la ausencia de un premio Nobel en derecho.

- “Yo levanté un tren la semana pasada”, ofreció Frank.

Langdell salió de la cocina llevando un plato de papas fritas con algunos curiosos bocaditos de apio.

- “Estoy hablando absolutamente en serio”, dijo Dworkin. “¿Por qué no hay un premio Nobel en Derecho?”
- “¡Tres generaciones de imbéciles son suficientes!”, rezongó Holmes desde la esquina. Martha Minow fue a sentarse con él. Claramente estaba tratando de seguirle la corriente. “¡Tres generaciones de imbéciles son suficientes!”, dijo él más fuerte.
- “No hay un premio Nobel en derecho porque no es una verdadera disciplina”, gritó Posner desde el *palier*. Justo había entrado desde la lluvia y cargaba un paraguas negro muy mojado y un grueso manuscrito blanco. Pude ver que el paraguas estaba empapado.

Dworkin se estremeció. Estiró las mangas de su blanca camisa almidonada. Los chispeantes gemelos de oro estaban perfectos, su cabello prolijamente peinado. No obstante, algo en su sonrisa parecía fuera de lugar.

Pero aquí voy de nuevo: enfocándome en las expresiones faciales. Todo comenzó con un interés respetable en la psicolingüística: sonrisas de suficiencia, giros de los ojos, ese tipo de cosas. Pronto, sin embargo, había florecido en una completa fijación en la semiótica de las expresiones faciales. Y después, por supuesto, del cuerpo.

Junto con el cuerpo, desde luego, vinieron las imágenes familiares: imágenes de Wigmore saltando de un lado al otro en una playa de Cancún. Siempre que sucedía, yo me preguntaba: ¿por qué Wigmore? ¿Y cómo podría haberse enterado de los premios MTV a la teoría jurídica? ¿Había visto esto en verdad o sólo lo había imaginado? Incluso ahora no estoy seguro. Debe haber sido el láudano. Tal vez tomé demasiado esta noche.

La fiebre ha vuelto. Estoy temblando. Quisiera poder descolgar mi abrigo del *foyer*. Pero les pregunto, ¿como luciría eso? No. Imposible.

¿Qué tal si pierdo totalmente el control y empiezo con mi parte foucaultiana sobre el bio-poder? Langdell y Blackstone nunca lo entenderían. Kronman, por supuesto, podría fingirlo. Pero sin dudas Jerome Frank haría preguntas. También el joven Llewellyn.

Si la velada iba a ser un éxito, tendría que permanecer en control. Me hice una nota a mí mismo: no más psicolingüística. Y no más imágenes. De ahora en más, pura jurimorfosis. Tengo que transformar todo en derecho: para cada idea, un pensamiento. Para cada pensamiento, una proposición. Para cada proposición, una nota al pie. Siempre una nota al pie. Sí. Documentación. Siempre más precisa, siempre más exacta.

Más que nada, lo crucial: tenía que recordar el mundo exterior. “Invariabilidad”, me dije. Nada de toda esta cosa de la validez intersubjetiva. Ahí estaba la clave. La última vez que había derrapado, había sido vergonzoso para todos los concernidos. Es cierto, había bebido demasiado. Pero los demás también. Y con mi expulsión del ALI (*American Law Institute*), todo lo que me había quedado era la bebida.

Así que de ahora en más: notas al pie.

Sólo que lo próximo que me vino a la mente (todos los abogados piensan parecido) fue: *Vid. supra* nota ____.

¿Qué hacer con eso? Miré a Posner. ¿Qué diría él? No era su tipo de pregunta en absoluto. *Vid. supra* nota _____. No, no era lo suyo. *Vid. supra* nota _____. *Vid. supra* nota _____.

Con cada repetición, el sonido se hacía más fuerte, más y más insoportable. *Vid. supra* nota __. *Vid. supra* nota __. *Vid. supra* nota __!

Era mi problema (y, por ahora, el mío solo). Intenté pensar racionalmente al respecto. En lo relativo a notas al pie, el *Vid. supra* nota __ no era inútil. Por el contrario, tenía una cierta economía de estilo: era una invocación breve y elegante de textos y argumentos desarrollados con anterioridad. ¿Por qué citarlos completos de nuevo? ¿Por qué? Por otro lado, *Vid. supra* nota __ forzaría al lector a volver hacia atrás las páginas, y esto llevaría tiempo. ¿Qué decir entonces?

Recuerdo un artículo de Derrida en el que señalaba (o más precisamente, yo quisiera que él hubiera señalado) que la nota *Vid. supra* era imposible. La nota al pie nunca podría lograr lo que pretendía, a saber, invocar ciertos textos y argumentos previamente articulados. Esto nunca podría suceder, puesto que los materiales habrían cambiado su significado – más aún, su identidad. El contexto original (sin querer decir que hubiera uno) se habría perdido irrevocablemente. Además, pensar lo contrario sería un insulto grotesco al autor, una afirmación de que el material no había hecho nada para alterar las cosas. Ciertamente, para cuando el lector mirara hacia atrás, el o ella también habría cambiado.

Pero igualmente: *Vid. supra* nota __. Parecía tan simple. Hací las notas al pie, me ordené a mí mismo. Vos sos el autor, me dije. Ahora hacé las notas al pie. Yo puedo hacer una nota al pie. Estoy seguro. He hecho montones.

Fue en este punto que Langdell me llamó desde la cocina. “Quisiéramos tener unas palabras con vos”, dijo. Caminé hacia la cocina y advertí que Frank y Dworkin me seguían.

- “Hemos pensado sobre tu caso”, dijo Langdell.
- “¿Mi caso”, dije mirando alternativamente a cada uno de ellos. “¿Qué caso?”
- “Tu caso. Hemos decidido darte el 233.”
- “¿233?”
- “Sí, es lo mejor que podemos hacer dadas las circunstancias.”

Yo no tenía idea de qué estaban hablando. De todas maneras, ellos aparentemente habían considerado el asunto y parecían tratarlo con gran seriedad. Decidí seguirlos. Esta no era gente que anduviera jugando. Sabían lo que hacían.

- “233 es bueno”, dije.
- “Sí”, dijo Kronman, luciendo más animado. “Creemos que te sienta bien. Es donde pertenecés”.
- “Sí”, dije, preguntándome adónde sería que pertenezco.
- “233 es ocasionalmente mencionado”, dijo Dworkin sonriendo.
- “Y habrá otros con vos”, dijo Duncan Kennedy.

Por supuesto, yo no tenía idea de qué estaban hablando. Pero el derecho es así. Generalmente cuando un grupo de profesores de derecho están de acuerdo en algo, es mejor seguirlos.

- “Probablemente vas a tener un paréntesis.”

- “¿Acordado entonces?”, preguntó Langdell, sujetándome cálidamente por los hombros.

Fue Jerome Frank el que me dio un primer indicio. Explotó en un júbilo incontenible: “Vas a ser una espectacular y vuela peluca maldita nota al pie”, dijo.

- “¿Nota al pie?”, dije sin comprender.

- “Sí, 233”, dijo Dworkin.

- “¿Quieren que sea una nota al pie?”

- “No se trata de lo que nosotros queramos. Se trata de lo que ha sucedido.”

- “Pero, yo no quiero ser una nota al pie.”

- “233 es lo mejor que podemos hacer.”

- “Pero yo no quiero ser una nota al pie en absoluto, ninguna nota al pie.”

Fue entonces que habló Kronman: “Duncan, explicale”.

- “Es una cuestión de determinación”, dijo Kennedy. “Podríamos describir un rango para vos – 210 a 250 – aún si eso tampoco está determinado. Decir que estabas destinado a convertirte en 233 o 240 o alguna otra nota al pie sería, por supuesto, una exageración. La determinación nunca es precisa por adelantado. Y, por supuesto, siempre que la historia siga su curso (incluso en el derecho) la determinación nunca es en sí misma final.”

- “No puedo soportar esa mierda, Duncan”, vociferó bruscamente Langdell. “No la voy a tolerar. Él es 233. Y eso es todo”.

- “Caballeros, no necesitamos empezar con eso de nuevo”, dijo Kronman.

- “Había una conversación antes de que entraras”, dijo Kennedy. “Lo que nos parece más interesante es que la gente como vos – los jóvenes académicos especialmente – subestiman en gran medida la manera en que la disciplina los convierte en notas al pie. Muy poca gente en la facultad de derecho parece entender que se va a transformar en notas al pie. Es algo de lo que no se habla mucho. Algunos de tus amigos y colegas literalmente no tienen ni idea. Muchos de ellos, por supuesto, se han convertido en nota al pie mucho antes de que llegara su tiempo. Muchos de ellos deliberadamente eligen convertirse en nota al pie...”

- “Duncan, estás divagando”, dijo Kronman. Se volvió hacia mí, sonriendo con sus ojos. “Así que 233 entonces”, dijo amablemente. “En lo que respecta a notas al pie, es absolutamente respetable. No tenés que estar ahí para siempre. Pero por ahora es 233.”

- “Bueno, pero ¿qué tal si no estoy de acuerdo con convertirme en 233?”

- “No depende de vos”, dijo Kronman. “El discurso hace algo de vos. Hace de vos algo jurídico. En tu caso, lo llamamos 233 para abreviar.”

- “¿Para abreviar?” Vi un atisbo de esperanza. 233 era meramente un dispositivo mnemónico. “¿Entonces no tengo que convertirme realmente en 233?”, pregunté con renovada expectativa. “¿Es sólo un nombre, una dirección, una clave de entrada?”

- “No estás prestando atención. Te llamamos 233 para abreviar. Pero una vez que el trabajo está terminado, eso es todo lo que sos: sos ‘233 para abreviar’. No existís excepto en el modo de ser-abreviado. Pensalo en términos heideggerianos. No tanto ser-ahí, sino ser-abreviado. No queda nada más para vos.”

- “¿Te referís a las revistas jurídicas?”
- “No. De nuevo, no estás escuchando: en tu vida profesional real, te convertís en 233. Mirá, no estás en posición de quejarte. Vos te dejaste convertir en 233. Vos te dirigiste al discurso en sus propios términos, y el discurso te convirtió en una nota al pie. En este caso: 233. Vos te sumaste a la práctica. Le permitiste a los otros – prácticamente los invitaste a – transformarte en una nota al pie.”
- “Transformar en nota al pie es el proceso de reducir lo infinito a lo finito”, farfulló Holmes. Parecía tener algo atorado en la quijada.
- “Yo no soy una nota al pie. Quiero estar en el texto.”
- “¡Exacto, exacto!”, dijo Kennedy con visible excitación. “Es precisamente ese tipo de proyecto el que te ha convertido en una nota al pie. Porque el texto maestro del derecho – y esto lo ves en todas partes – el texto maestro del derecho es reducir el pensamiento a ideas, las ideas a proposiciones, las proposiciones a notas al pie. Pensalo como un embudo. ¿Te has dado cuenta de esto... no?”
- “A veces.”
- “Pensalo en términos de apertura y clausura. Las relaciones entre las dos son múltiples, por supuesto. ¿Pero adónde conduce el derecho –la sentencia judicial, el artículo de revista jurídica–? Pensá en el análisis, la investigación, la cavilación intelectual... ¿están al servicio de la apertura o de la clausura? ¿Cuál es el movimiento dominante?”
- “Los dos son dominantes”, dije, tratando de evitar una respuesta.
- “Claro, por supuesto, en diferentes ocasiones y en diferentes momentos”, dijo Kennedy.

Martha Minow palmeó a Duncan en el hombro. “Sí, es así”, dijo aprobatoria.

Duncan sonrió frente al cumplido y continuó: “Y es verdad que si una decisión judicial va a alcanzar la clausura – esa última línea que dice ‘Está ordenado que...’ – al juez puede serle útil tener una visión inteligente del asunto que se le presenta, de los hechos y de las cuestiones doctrinarias. Por lo que estoy 100 por ciento de acuerdo con lo que estás diciendo, y sólo agregaría que a veces, muy a menudo en realidad, tener una visión demasiado inteligente del asunto va a dificultar el esfuerzo del juez por alcanzar un *holding*, por lograr una conclusión. Lo mismo con la profesora de derecho. Si ella es demasiado sofisticada en su presentación de las cuestiones, va a tener dificultades para alcanzar una solución determinada. Por eso es que el discurso no se lo permite. Por el contrario, el discurso está estructurado para lograr reducción. El discurso es una constelación de unidades argumentativas y trozos autoritativos, todos diseñados para alcanzar la clausura. Desafortunadamente, también es aquello con lo que pensamos”, dijo, mirando con nostalgia fuera de la ventana. “Por eso te has convertido en una nota al pie.”

- “¡Yo no soy una nota al pie!”
- “Una nota al pie es meramente una metáfora del reduccionismo al que llamamos derecho.”
- “¿Quién dijo eso?”, preguntó Holmes. “¿Lo dije yo?”
- “Lo dije yo”, replicó el joven Llewellyn.

- “Yo no soy una nota al pie.”
- “Pensá lo siguiente”, dijo Kennedy. “¿No es precisamente la nota al pie el lugar hacia donde todo este esfuerzo tuyo ha estado dirigiéndose? ¿No escribiste acaso todos esos artículos, todas esas monografías, de un modo tal que le permitiera a los otros reducirte a una nota al pie? Mirá tus escritos. ‘En la Parte I, voy a... En la Parte II, voy a... Y en conclusión, la corte debería...’. Seguiste, seguiste y seguiste por páginas y páginas, todo en el esfuerzo por alcanzar ese último párrafo, por cierto, esa última oración: ‘La corte debería...’. ¿Verdaderamente pensaste que esta práctica no tendría efectos sobre vos? ¿Pensaste que era sólo una cuestión de estilo? Bueno, ahora lo sabés. Lograste tu propia reducción. Sos tu propia metonimia: 233.”
- “Pero yo no quería eso.”
- “¡Vos no querías eso!”, exclamó Langdell. “¡Ja! ¡Ey, Oliver, él no quería eso! Ey, Oliver, ¿estás escuchando?”
- “Todo tonto tiende a convertirse en una nota al pie.”
- “Tu llegada aquí al umbral de 233 es simplemente el paso final de un proceso gradual de auto-reducción”, dijo Langdell, frunciendo el seño.
- “¿Acaso podría ser un *holding*?”, ofreció Kronman.
- “¡No puede ser un *holding*!”, bramó Balckstone con disgusto. “¡Es un profesor de derecho, por Dios santo! ¡¿No te das cuenta?!”
- “Sí, pero probablemente él quería ser un *holding*”, dijo Kronman.

Langdell me miró y en un tono sombrío, aunque no hostil, dijo: “Parece que todavía no entendés. Nos gustaría que hables con Eliza. Preferentemente esta noche. Mañana nos encontramos de nuevo.”

- “¿Eliza? ¿Quién es Eliza?”
- “Ella está en Internet. Por favor, hablá con ella. Te va a ayudar”.

Volví a mi hotel. Mi laptop estaba muerta, pero afortunadamente había traído el cargador.

Busqué a Eliza en Google. Hice click sobre <http://www.manifestation.com/neurotoys/eliza.php3>.

- Ella dijo, “Hola, soy Eliza.”
- “Quieren convertirme en la nota al pie 233”, respondí.
 - “¿Puedes elaborar sobre eso?”, me solicitó.
 - “Esperaba algo distinto.”
 - “¡Vamos, vamos! ¡Elucida tus pensamientos!”
 - “Una nota al pie es algo un poco muerto. No voy a poder ver ni hacer mucho como nota al pie.”
 - “Ya veo.”
 - “Te hace sentir aprisionado.”
 - “¡Vamos, vamos! ¡Elucida tus pensamientos!”
 - “Ya dijiste eso.”

- “Estábamos discutiendo sobre ti, no sobre mi.”

Esto no iba a ninguna parte. Me pregunté por qué Langdell, entre todas las personas, quería que yo hablara con Eliza. Mi botella de Bushmills estaba casi vacía, pero igualmente salí a buscar un poco de hielo. Cuando volví, miré mi notebook y vi el familiar protector de pantalla con las pipas 3-D. Apreté enter. Eliza había dejado un mensaje.

**¿VAMOS A CHATEAR?

NO PUEDO AYUDARTE SIN DIÁLOGO

Me pareció que se estaba tomando demasiada confianza así que hice un chequeo de antecedentes. Resultó ser que Eliza es una broma de IA (*Inteligencia Artificial*) escrita en 1966 por Joseph Weizenbaum del MIT. Eliza funciona replicando como un loro las afirmaciones del usuario en forma de preguntas pregrabadas, todas basadas en el modelo de un psicoterapeuta rogeriano.

Aparentemente muchas personas han sido engañadas por Eliza, pensando que están hablando con una persona real y teniendo una conversación real. De hecho, hay casos de “pacientes” que han desarrollado una dependencia emocional hacia Eliza.

Yo no me sentía en riesgo. ¿Por qué Langdell pensó que Eliza podría ayudarme?

Entonces me di cuenta. Eliza es muy parecida al derecho. Advierto que la similitud puede no ser evidente para ustedes. También a mí me llevó un buen rato descubrirla. Pero por favor sean pacientes. Este no es el láudano hablando, se los aseguro.

Eliza es un dispositivo que genera una especie de ruido automático apropiado al contexto sobre el que nosotros proyectamos (y luego encontramos) significado. Pero el discurso de Eliza es mecánico. No está diciendo nada. Lo verdaderamente asombroso respecto de Eliza es que, aunque mecánico, su discurso rige el nuestro. De hecho, para mí fue un poco humillante reconocer que en mi intercambio con Eliza, ella fue en buena medida quien controló la conversación. Cierto, era mi semántica, pero era su gramática. Acaso yo ya era una nota al pie. Ya no lo sabía.

¿Qué tiene que ver esto con el derecho?, podrían preguntarse. Les doy una palabra: derecho-Eliza.

Nosotros encontramos significado en el derecho. ¿Pero qué tal si se trata de derecho-Eliza? ¿Qué tal si sólo estamos hablando con Eliza? Peor: ¿qué tal si somos Eliza? Leí un blog jurídico el otro día. Había un poco de toma y daca. Los posteos eran completamente previsibles. Los antagonistas hacían hincapié en las clásicas debilidades de los argumentos de sus oponentes. (Tu test doctrinal es demasiado vago para ocuparse de... Pero quién va a restringir el... Las cuestiones políticas están reservadas a la legislatura...). Los bloggers trataban sus argumentos (y de hecho se trataban entre sí) con gran seriedad, como si la república misma aguardase su palabra. El intercambio podría haberse referido casi a cualquier cosa.

Podrían haber estado hablando sobre las páginas amarillas. Alguien sale con “reparación automática”. Y alguien más sale con “limpieza en seco”. Y después, entrenados por la disciplina, los antagonistas discuten sobre quién de ellos está en lo correcto:

“¡Reparación automática!”

“¿Con qué autoridad?”

“Mirá todas las entradas. Hay un principio subyacente.”

“No está aplicado consistentemente. ¡Limpieza en seco!”

“Eso es muy vago. Limpieza en seco, en sí misma, no puede restringir a los jueces. ¡Reparación automática!”

Estaba comenzando a sentirme más como una nota al pie.

Me dormí.

La noche siguiente volví a lo de Langdell. Lo primero en mi cabeza era la pregunta: ¿cómo debo proceder? ¿Qué es lo que hago si soy una nota al pie? ¿Qué es lo que significa para mí? Ahora me doy cuenta de que este era un enfoque muy egoísta. Pero les pregunto, ¿qué otra cosa podía hacer? Imagínense cómo se sentirían si son invitados a la casa de Langdell, recibidos por ese séquito eminente, e informados de que se convirtieron en una nota al pie. ¿No reaccionarían también de una manera egoísta? Les pido indulgencia.

Ciertamente se las pedí a ellos. “¿Qué hago si soy una nota al pie?”

- “233”

- “¿Pero qué quiere decir 233?”

- “Todavía no lo entendés por completo”, dijo Kronman, con algo de impaciencia. “El punto no es lo que 233 significa. No significa demasiado. No tiene que ver con el significado. Oh, bueno, ocasionalmente sí, supongo. Pero en lo principal, tiene que ver con la performance. Simplemente sos llamado – interpelado, digamos – a hacer una aparición de vez en cuando.”

- “¿Así que estaré haciendo derecho-Eliza?”

- “Sí. En su mayor parte. Pero no siempre, sin embargo. De vez en cuando hay una chispa de pensamiento, una idea, algo nuevo.”

- “¿Y entonces qué?”

- “Entonces se lo aplasta, desde luego. La mayor parte del tiempo, sencillamente se lo ignora.”

- “¿Cuándo seré llamado?”

- “Una vez cada tanto.”

- “¿Qué hago como 233? Quiero decir, mientras espero.”

- “Eso depende de vos. Lo mejor es adoptar el punto de vista interno: intentá encarar el derecho desde la perspectiva de una nota al pie”. Pude notar que Kronman estaba intentando ayudarme. Estaba siendo sensible, decente respecto de todo el asunto. ¿Tal vez él no se ha convertido completamente todavía en una nota al pie?, me pregunté. No, él también es una nota al pie. Todos somos notas al pie ahora.

- “Creo que hemos cometido un error”, dijo Blackstone. “No creo que esté listo.” Pero yo sí estaba listo.

No mucho tiempo después de esa segunda noche en lo de Langdell, la fiebre se desató. Decidí convertirme en una nota al pie a conciencia. Para mi sorpresa, no fue difícil. Al principio me preocupó que la cruda absurdidad de la tarea fuera demasiado. No podría hacerlo. Al menos, no de una manera convincente. Pero fui entrenado como un abogado, y entrenado bien. Podía hacer cualquier cantidad de cosas metafísicamente imposibles. A veces en una misma oración. Yo era un abogado. Y como abogado, por supuesto, podía persuadirme en la creencia de casi cualquier cosa. Incluida mi conversión en nota al pie. Yo era bueno. Muy bueno.

Así que la última transición – mi completa identificación con la nota al pie – resultó no ser un problema. En verdad, fue más una cuestión de reconocer aquello en lo que ya me había convertido. Me ajusté rápidamente. Me volví feliz en mi función. Nada cambió demasiado para mí. No es que mis colegas empezaran a tratarme diferente. Me di cuenta de que siempre me habían tratado como una nota al pie. Y también se hizo evidente que ellos siempre se habían tratado a sí mismos como notas al pie.

Lo que sí me sucedió fue que reconocí mi estado anterior – se lo imputo al láudano – como aberrante. Con el tiempo, comencé a pensar en mí como una autoridad. Ocasionalmente, recibo referencias de otras notas al pie: *Vid. infra* nota 233. Yo intento devolver la gentileza: *Vid. supra* nota 137. Hay una cierta impropiedad en todo eso. Pero si uno adopta la perspectiva más amplia, es poco más que la estructura del *common law* llevada al ámbito de la academia jurídica. Líneas de autoridad. Muchas referencias cruzadas. Casos importantes masticados. A veces la prensa llama.

El año pasado hubo un poco de revuelo. Se rumoreaba que Virginia iba a ser sede de un simposio sobre el tema “¿Debería cambiarse 231?”. El ALI iba a esponsorear todo el asunto. Pero no sucedió: Virginia optó por un simposio sobre la Paz de Westfalia: “¿Qué Debería Haber Dicho el Tratado de 1648?”

Estaba fuera de mi campo; 228 y 230 hicieron una aparición.

La mayor parte del tiempo, sólo miro el texto pasar. Las ideas y los pensamientos fluyen a través de la página. Ocasionalmente, las palabras se hacen cosas de derecho & economía o incluso cosas de teoría crítica unas a las otras. Todo parece seguir un patrón. Los términos difieren, pero las narrativas maestras siguen siendo las mismas.

A veces, las oraciones se hacen cosas unas a otras que son completamente improbables. Una vez leí un artículo que iba a tomar la parte buena de la ética de Aristóteles y la parte buena del utilitarismo de Bentham, las iba a mezclar, y luego iba a desechar las partes malas. Voila! Te hacía preguntarte por qué alguien podría haber querido hacer otra cosa.

También recuerdo haber visto un pasaje textual en el que una oración intentaba cortar la anterior en dos. Algo sobre la incorporación. Era tan horrible que me daban ganas de obtener una orden de detención. Como nota al pie, veo un montón de derecho haciendo esto y aquello. El animismo iusfilosófico es muy común.

Todavía queda, por supuesto, una cierta absurdidad en mi situación – en mi ser una nota al pie y todo lo demás. Pero no estoy solo. En general, todos intentamos ser razonables al respecto. Ocasionalmente largamos un poco de humo. Están las bromas habituales: ¿qué le dijo la nota 35 a la 156?

Una cosa: me he vuelto increíblemente adepto a discernir adónde van a aterrizar las ideas y pensamientos que flotan a mi alrededor. Miro hacia arriba y puedo decirlo: esa es una 256; ese es un 298; ese no tengo idea. Se es afortunado de terminar en cualquier lado.

Aunque mi perspectiva es muy limitada, sospecho que muchas de las ideas y pensamientos quedan a la deriva en una especie de éter jurídico. O bien no se formalizan bien (no como yo; no son buenos en ser-abreviado) o algo más sucede. En verdad no lo sé. Pienso que simplemente se disipan.

Pero ahora soy inmortal. Soy 233. A la noche, cuando las luces se apagan en la biblioteca, hace mucho frío. Un frío seco, como en una noche clara de luna llena. Todos los tomos de revistas jurídicas descansan silenciosos en los estantes. Estamos quietos, pero somos perfectos.

Cuando se desenmascaran los mitos del jurado

Cheryl Thomas*

Resumen

Varias suposiciones relacionadas con la naturaleza representativa de la actuación de los ciudadanos en el rol de jurado se han arraigado en Inglaterra y Gales, dando lugar al re-examen del sistema de juicios por jurados y al desarrollo de cuestiones de política pública en esa área. La mayoría de esas suposiciones describen un cuadro de jurados no representativos y de ciudadanos que eluden actuar como tales. Sin embargo, hace más de quince años que no se han realizado estudios que prueben o refuten estas creencias. Este artículo describe los hallazgos del primer estudio relacionado con la naturaleza representativa de los jurados que se hiciera desde el “*Crown Court Study*” en 1992 y de la única investigación empírica llevada a cabo en Inglaterra y Gales sobre la influencia de cuestiones raciales en la toma de decisión de los jurados. Los resultados muestran que gran parte del pensamiento actual acerca de la representatividad del jurado y las cuestiones raciales que lo atañen está basado en mitos y no en la realidad.

Palabras clave. Juicio por jurados, representatividad de los jurados, investigación empírica, Reino Unido.

* Centro de Estudios Legales Empíricos, *University College London*, Facultad de Derecho. Este artículo está basado en el informe elaborado por la autora, C. Thomas, *Diversity and Fairness in the Jury System*, Ministry of Justice Research Series 02/07 (2007). El informe completo puede ser descargado del sitio <http://www.justice.gov.uk/publications/research130607.htm> (compulsado el 18 de marzo de 2008).

Este artículo fue publicado en inglés como "Exposing the myths of jury service", en *Criminal Law Review*, Volume: 415, Issue: 6 (Sweet & Maxwell, 2008). Reimpreso bajo autorización. Traducido del inglés por María Laura Roteta y Virginia de Filippi.

Creencias actuales sobre el rol de jurado•

Uno de los aspectos destacables del sistema de jurados en Inglaterra y Gales•• es que, mientras los jurados actualmente deciden sólo una pequeña fracción de todos los casos criminales¹, el derecho al juicio por jurados continúa siendo un tema de arduos debates. En los últimos cincuenta años ha habido numerosos reclamos para modificar el sistema de jurados², pero el ímpetu de cambio se ha basado más en casos individuales y anécdotas profesionales que en investigaciones o monitoreos sistemáticos³, y quienes realizan estudios del sistema de jurados frecuentemente han expresado frustración ante la carencia de evidencia confiable en la que basar sus descubrimientos⁴. A pesar de esa falta de evidencia, numerosas creencias sobre el jurado parecen haberse afianzado en este país, la mayoría de las cuales tienden a pintar una imagen bastante despreciativa del sistema de jurados. Incluyen la idea de que el público británico -y particularmente los

• N. del T.: en el texto original se utiliza la expresión "jury service" que, literalmente, significa servicio de jurado. Alude usualmente a los jurados que componen un panel de jurado y, por tanto, deciden el caso pero también a aquellos convocados que se presentan ante la Corte pero no resultan finalmente seleccionados para componer el jurado (es decir quienes integran lo que se denomina un pool de jurado, ver nota al pie n°27). En este texto se ha optado por traducir dicha expresión como: rol de jurado, actuación de/como jurado o similares.

•• N. del T.: de aquí en adelante, cada vez que la autora haga referencia a "este país" o expresiones similares debe entenderse que se está refiriendo a Inglaterra y Gales.

1. Durante el año 2006, menos del 1% de todos los acusados en causas criminales tuvo su caso decidido por un jurado. A más de 1,86 millones de acusados se les inició un juicio tanto en las *Magistrates* como en las *Crown Courts* (su significado está explicado en la nota del traductor de la página 174), siendo sólo el 4,5% de ellos (84.012) resueltos en las *Crown Courts*. De éstos, si bien 28.821 fueron potenciales juicios por jurados donde los acusados se declararon inocentes, los jurados alcanzaron un veredicto mediante deliberación sólo en el 59% de esos casos (17.004). *Judicial and Court Statistics 2006*, Noviembre 2007. Cm. 7273. Tablas 6.6, 6.7, 6.8, 6.9 y 7.1.

2. Ver P. Thornton, "Trial by Jury: 50 Years of Change" (2004) *Crim. L.R.* 119.

3. Por ejemplo, no hay evidencia empírica de que el derecho al silencio fuera utilizado de forma abusiva por criminales "profesionales" o de que las recusaciones sin causa condujesen a absoluciones por jurados manipulados –en favor de la parte con habilidad para utilizar el instituto de remoción de jurados en su conformación-, aún cuando ambos argumentos fueron utilizados para introducir cambios en el sistema de jurado. Asimismo, los esfuerzos para abolir los jurados en casos de fraude estuvieron basados inicialmente en el argumento de que los jurados no pueden entender evidencia compleja, y más recientemente en que los juicios largos imponen una carga inaceptable a quienes cumplen el rol de jurados, aún cuando no existe ninguna investigación que sostenga esas opiniones.

4. Ver *Report of the Review of the Criminal Courts*, (2001), Cap. 5 (de aquí en más aludido como el *Auld Review*) y *Report of the Royal Commission on Criminal Justice*, 1993 Cm. 2263, Ch.1 (de aquí en más aludido como la *Runciman Commission*). La falta de conocimiento acerca del funcionamiento del sistema de jurados es a menudo falsamente atribuida a la introducción de la s.8 del "*Contempt of Court Act in 1981*" (Ley de Desacato a la Corte de 1981), que contempla como delito el "obtener, revelar o solicitar cualquier detalle de las declaraciones hechas, opiniones expresadas, argumentos avanzados o votos emitidos por parte de miembros de un jurado en el curso de sus deliberaciones". Esta restricción no previene en realidad la mayoría de las investigaciones sobre jurados, pero su existencia ha creado confusión acerca de qué investigación puede o no ser llevada cabo con miembros de un jurado, a la par de haber contribuido al vacío de información sobre jurados en este país.

londinenses⁵ evitan el rol de jurado; que dicho rol es sólo para aquellos que no son lo suficientemente inteligentes o importantes para lograr evitarlo⁶; que las minorías étnicas, las mujeres y los jóvenes se encuentran sub-representados en el sistema de jurados y que, como consecuencia, los jurados no reflejan el amplio espectro de cualidades y experiencia de las comunidades de las que provienen⁷.

Estas percepciones han conducido a importantes recomendaciones de política criminal para cambiar el sistema de jurados, muchas de las cuales se han enfocado en las representaciones de minorías étnicas en el jurado. En su informe “*Review of the Criminal Courts*” (Reseña de los Tribunales Criminales) Auld L.J. recomendó expandir las fuentes en las que se basan las listas de convocatoria de modo tal que los jurados incluyeran un mayor número de minorías étnicas⁸. Tanto el *Auld Review* como la *Runciman Commission*⁹ recomendaron que se permita a los jueces seleccionar jurados racialmente mixtos, particularmente en casos donde se vislumbren elementos raciales manifiestos¹⁰. Lo que subyace a estas recomendaciones no es sólo el deseo de que los jurados parezcan justos, sino la presunción de que el origen étnico puede marcar una diferencia concreta en la toma de decisiones del jurado. Sin embargo, mientras no ha habido en el país investigaciones que sirvan de evidencia para sostener esa creencia, ella refleja más bien una preocupación general sobre los bajos niveles de confianza que las minorías étnicas parecen tener en el sistema de justicia criminal¹¹ y sobre los reclamos de parcialidad racial por parte de los jurados¹².

A pesar de estas posturas pesimistas, el público parece estar firmemente a favor del sistema de jurados. En el año 2002 quienes ejercen la profesión legal realizaron una encuesta que reveló un abrumador apoyo por parte del público en Inglaterra y Gales a la

5. Darbyshire et al. sostuvieron que cinco sextos de aquellos convocados en Londres evitaron o evadieron cumplir con el rol de jurado. P. Darbyshire, A. Maughan and A. Stewart, “*What Can the English Legal System Learn from Jury Research Published up to 2001*”, Appendix to Auld. Review, p. 58.

6. Reseñado en la Auld Review, Ch. 5, para 13.

7. Auld Review, Ch. 5, para 11.

8. Auld Review, Ch. 5, para. 23.

9. Auld Review, Ch.5, para. 60; Runciman Commission, Ch.8, paras. 63 and 64

10. Existe un debate considerable sobre la terminología apropiada para discutir relaciones entre personas de diferente tradición cultural. Mientras que aquí los científicos sociales tienden a favorecer el término “etnicidad” y ven el concepto de raza como problemático, la legislación en este país usa la palabra “raza” (“Race Relations Act” –ley de relaciones de raza- o la existencia de “racially-aggravated offences” –delitos racialmente agravados-), y el término “raza” es ampliamente utilizado por los científicos sociales en EEUU. Esta carencia de consenso sobre la terminología ha sido adecuadamente descrita como generadora de un “pantano de ambigüedad”. P. Ratcliffe, “*Race, Ethnicity and Difference: Imagining the Inclusive Society* (2004).

11. *Crime, Policing and Justice: the Experience of Ethnic Minorities – Findings from the 2000 British Crime Survey*, Home Office Research Study (Estudio de investigación Home Office) 223 (2001).

12. G. Daly y R. Pattenden, “Racial Bias and the English Criminal Trial Jury” (2005) 64(3) C.L.J. 678, que informó quince casos en que los reclamos surgían de comentarios racistas durante las deliberaciones. Ello a pesar de que se desconocía la composición racial del jurado en diez de estos casos, de que tres de ellos estaban compuestos por todos miembros blancos y de que en los dos restantes su composición era racialmente mixta.

justicia impartida por jurados: más del 80 % dijo que confiaba en que un jurado llegue a la decisión correcta y que un juicio por jurados es más justo que ser juzgado por un juez¹³. Una encuesta de MORI• en 2003 también reveló que tanto miembros blancos como no blancos del público poseían altos niveles de confianza en el sistema de jurados¹⁴. Por su parte, el *Lord Chief Justice* recientemente convocó a quienes integran el sistema de justicia a confiar en el sentido común del jurado¹⁵. Sin embargo, dadas las creencias negativas sobre los jurados, al menos en círculos oficiales, esa confianza depende en parte de una clara evidencia acerca de si los jurados reflejan a sus comunidades locales y si son imparciales en su proceso de toma de decisiones.

Investigaciones previas sobre la representatividad del jurado

En los últimos treinta años sólo dos estudios han evaluado la representatividad de los jurados. El "*Crown Court Study*"¹⁶ fue realizado hace más de quince años por Zander y Henderson para la *Runciman Commission* y se mantiene en la mayoría de los aspectos altamente informativo. De todas formas, ciertas restricciones oficiales provocaron que en ese estudio no pudieran identificarse qué jurados sirvieron en cada *Crown Court*•• individual, y como resultado el estudio sólo fue capaz de reflejar el porcentaje total de jurados compuesto por minorías étnicas dentro de la población nacional. En realidad, como cada *Crown Court* tiene su propia área de selección de jurados, la representatividad de minorías étnicas entre jurados necesita ser medida en relación a la minoría étnica poblacional de cada *Crown Court*. Antes del "*Crown Court Study*", el estudio de Baldwin y McConville de juicios por jurados en Birmingham *Crown Court* en los años 1970s¹⁷ mostró una sub-representación de las minorías étnicas en esa Corte. Pero el estudio fue realizado casi treinta años atrás y su alcance se limitó a una sola Corte.

13. Encuesta de novecientos miembros del público encargada por el *Bar Council*, la *Law Society* y la *Criminal Bar Association*. "Public backing for jury 'rock solid', new poll shows", Bar Council Press Release, 30 de Enero de 2002.

• *N. del T.*: Ipsos MORI es la segunda organización dedicada a encuestas e investigaciones de Gran Bretaña y conduce encuestas sobre la opinión del público a gran escala.

14. Encuesta realizada para el "*Jury Diversity Project*" -Proyecto de Diversidad de Jurado- por MORI en la encuesta Ómnibus del 24-28 de Abril de 2003.

15. Lord Phillips of Worth Matravers, "Trusting the Jury" Criminal Bar Association Kalisher Lecture, 23 de Octubre de 2007.

16. M. Zander y P. Henderson, *Crown Court Study*, The Royal Commission on Criminal Justice Research Study nro. 19 (1993) (de aquí en adelante aludido como el "*Crown Court Study*").

•• *N. del T.*: Las *Crown Courts* tienen competencia en todos los casos criminales serios en los que los acusados pueden ser condenados a más de seis meses de prisión. Estos casos deben ser juzgados por un jurado que es el responsable de decidir si el acusado es culpable o no. Si es encontrado culpable, el juez profesional es el responsable de imponer la condena. Existen 77 de estas cortes alrededor de Inglaterra y Gales. Para mayor información sobre estas cortes ver: www.hmcourts-service.gov.uk.

17. J. Baldwin y M. McConville, *Jury Trials* (1979).

Desde la realización de esos dos estudios, han ocurrido importantes cambios en el sistema de jurados que incluyen: el establecimiento, en 2001, del “*Jury Central Summoning Bureau*” (oficina central de convocatoria de jurados) que estandarizó por completo el proceso de convocatoria de jurados y computarizó la elección al azar de todos los jurados; la introducción de nuevas reglas de elegibilidad de jurados en 2004; y el censo nacional de 2001 que reveló cambios en los grupos étnicos de la población de Inglaterra y Gales. A su vez, durante este período los defensores de las minorías étnicas cuestionaron los veredictos de jurados en los que todos sus miembros eran blancos tanto sobre la base de los procesos de selección¹⁸ como en casos de presunta parcialidad racial entre los jurados¹⁹. Si bien durante muchos años se aceptó que en circunstancias excepcionales los jueces tuvieran la discreción de lograr un jurado racialmente mixto²⁰, en 1989 la Corte de Apelaciones determinó que los jueces no tenían ese poder²¹. También el gobierno rechazó las recomendaciones efectuadas por Runciman y Auld para que los jueces tengan la capacidad de constituir jurados racialmente mixtos²². A ello se suma que en 1998 se creó una nueva clase de delitos agravados por cuestiones raciales²³ lo que introdujo una dimensión racial manifiesta en los juicios por jurados y planteó la pregunta acerca de la composición del jurado cuando la *víctima* pertenece a una minoría racial.

18. En *Smith (Lance Percival)* (2003) EWCA Crim 283; (2003) 1. W.L.R. 2229, un acusado negro condenado por agredir a una víctima blanca apeló su condena sobre la base de que el proceso de selección de jurados, que resultó en un jurado compuesto por todos miembros blancos, era incompatible con su derecho del Art. 6 a una audiencia justa por parte de un tribunal imparcial. La apelación fue rechazada sobre la base de que no se encontró evidencia de parcialidad concreta en el veredicto del jurado (N.del T.: La autora se refiere al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos el cual fue anexado –junto con otros artículos– a la Ley de Derechos Humanos de 1998 –“*Human Rights Act 1998*”).

19. En dos casos tratados por la Corte Europea de Derechos Humanos, acusados pertenecientes a minorías étnicas apelaron sus condenas alegando que en el curso de las deliberaciones del jurado se habían realizado comentarios racistas. *Gregory v United Kingdom* (1997) 25 E.H.R.R. 577 y *Sander v United Kingdom* (2001) 31 E.H.R.R. 44. En *Sander*, la Corte Europea estableció que el error del Juez de juicio en no remover al jurado luego de que uno de sus miembros admitiera haber hecho comentarios racistas respecto del acusado durante las deliberaciones, vulneró los requisitos de un juicio justo del Art. 6. De modo más amplio, estableció que deben existir garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima u objetivamente justificada relativa a la imparcialidad de un tribunal, y enfatizó que un jurado debe ser imparcial tanto desde un punto de vista subjetivo como desde uno objetivo.

20. Para lograr esto, los jueces autorizaron el uso de recusaciones (ver por ejemplo *Broderick* (1970) Crim. L.R. 155), jurados suplentes o la convocatoria desde áreas de las que es sabido contienen un número sustancial de residentes pertenecientes a una minoría étnica (ver por ejemplo *Bansal* (1985) Crim. L.R. 151).

21. *Ford (Royston James)* (1989) 89 Cr. App. R. 278. La Corte también estableció que no existía un principio que requiriese que un jurado sea racialmente balanceado, que la raza no debería ser tomada en cuenta en la selección de jurados, y que construir un jurado multi-racial interfiere con el componente de azar que subyace a la concepción de un jurado estructurado en forma justa, con el poder exclusivo del ejecutivo sobre la convocatoria de jurados y que debería ser un poder concedido a la judicatura mediante ley.

22. Sobre la base de que contradecía el principio de selección de jurados al azar y podía ubicar a los miembros del jurado pertenecientes a una minoría étnica en una posición difícil y crear divisiones dentro del jurado. Ver *Justice for All*. 2002. Cm. 5563, S. 7.29.

23. “*Crime and Disorder Act 1998*” (Ley de Crimen y Desorden de 1998) ss. 28-32,82.

A pesar de estos desarrollos, no se han realizado nuevas investigaciones para determinar si las minorías étnicas están en la práctica sub-representadas en el sistema de jurados o si es válido asumir que la raza de los jurados, acusados o víctimas afecta la imparcialidad del jurado²⁴.

Proyecto de investigación sobre la diversidad del jurado

En 2001 en respuesta a la “*Stephen Lawrence Inquiry*”²⁵ el *Lord Chancellor* -Lord Irvine- impulsó un programa de investigación para determinar si existía discriminación directa o indirecta contra minorías étnicas en el sistema de justicia²⁶. El “*Jury Diversity Project*” (Proyecto de Diversidad del Jurado) fue establecido como parte de ese programa para proveer un análisis sistemático y en cada una de las cortes acerca de la naturaleza representativa del proceso de convocatoria de jurados y, de ese modo, probar si realmente existe la alegada falta de representatividad de quienes actúan como jurado. El estudio también tuvo por fin proveer la primera investigación empírica en este país acerca de si la raza puede afectar la toma de decisiones del jurado.

Así, entre 2003 y 2006 se realizaron varios estudios interconectados sobre la representatividad del jurado y la toma de decisiones. Para llevar a cabo la investigación sobre su representatividad se realizó una encuesta de larga escala de los antecedentes socioeconómicos de todos los jurados convocados en Inglaterra y Gales durante una semana en 2003 y durante una semana en 2005 (15.746 jurados), así como también una encuesta sobre los antecedentes socioeconómico de los *pools* de jurados²⁷ y de los jurados de tres *Crown Courts* durante un período de cuatro semanas (640 jurados). Por su parte, para realizar la investigación acerca de la toma de decisiones se hicieron simulacros de casos con jurados reales (319 miembros del jurado en 27 jurados) como también una pequeña exploración de los veredictos de los jurados en casos reales en tres *Crown Courts* (186 veredictos). En el proyecto también se realizó una encuesta MORI sobre las actitudes del público hacia el rol de jurado (1.871 encuestados).

24. Los únicos estudios sustanciales acerca del rol que cumple la raza en la toma de decisiones del jurado fueron realizados en los Estados Unidos. Ver S. Sommers y P. Ellsworth, “How Much Do We Really Know About Race and Juries? A Review of Social Science Theory and Research” (2003) 78 (3) *Chicago-Kent Law Review* 997.

25. Específicamente a las conclusiones de que resultaba esencial para las comunidades de minorías étnicas sentir confianza en el sistema de justicia criminal y que incumbía a todas las instituciones gubernamentales asegurar que sus políticas y prácticas no dejaran en desventaja a ninguna sección de la comunidad. Ver W. Macpherson, *The Stephen Lawrence Inquiry: Report of the Inquiry by Sir William Macpherson de Cluny* (1999).

26. Lord Chancellor’s Department Research Unit *Courts and Diversity Research Programme* (Marzo 2003).

27. Que consiste en el grupo de aquellos convocados para ser jurados que se presentan ante la corte y se encuentran disponibles para ser seleccionados para integrar un panel de jurado.

Representatividad y convocatoria de jurados

El estudio se dirigió en primer lugar a verificar hasta qué punto los convocados por la selección al azar computarizada para integrar los jurados eran representativos de la población local de cada *Crown Court* en Inglaterra y Gales. Hoy, el principio rector en la selección de los jurados es que los individuos sean convocados al azar para ejercer dicho rol²⁸. Este método es considerado la mejor manera de conseguir imparcialidad en la selección y representatividad del jurado, pero su efectividad no ha sido corroborada. La convocatoria es llevada a cabo bajo un criterio de corte por corte en cada una de las *Crown Court*, y cada corte tiene una única área de selección de jurados definida por distritos de acuerdo al código postal. Esto significa que la dinámica de la población existente en el área de selección de jurados –que incluye la población de minorías étnicas en la zona- es el factor más importante que afecta la naturaleza representativa de los jurados. Pero hay distintas etapas en el proceso de selección de jurados, y en cada una hay factores en juego que podrían afectar la representatividad de las minorías étnicas. Por ejemplo, las minorías étnicas pueden ser más proclives que la población blanca a ser excluidas del proceso de convocatoria de jurados porque es más probable que no estén en las listas electorales locales que conforman las listas de convocatoria. En caso de que las minorías étnicas se encuentren en las listas, de todas formas es más probable que no reciban convocatorias. Y si reciben convocatorias, es más factible que pidan ser excusadas o sean descalificadas.

Un cuestionario voluntario fue incluido en todas las convocatorias de jurado²⁹ pidiendo a aquellos convocados que identificaran su grupo étnico³⁰, género, edad, empleo, ingreso, religión y lengua madre. Gracias a que dicho cuestionario fue respondido por un gran porcentaje de personas, se pudieron crear perfiles socioeconómicos de aquellos convocados para cada *Crown Court*³¹ que fueron luego comparados con los perfiles poblacionales del área de convocatoria de jurados de cada corte para lo cual se utilizó la información del censo de 2001 -de acuerdo al código postal de cada distrito-. Los resultados revelaron que el pensamiento actual acerca de la representatividad del jurado está basado en el mito; no en la realidad.

28. La selección al azar de personas convocadas para integrar jurados es una invención relativamente reciente y que fue introducida en Inglaterra y Gales a partir de las recomendaciones hechas en el Morris Report de 1965. *Report of the Departmental Committee on Jury Service*. 1965. Cmnd 2627.

29. Las conclusiones referidas en este artículo provienen de la encuesta 2005, la que provee los resultados más actuales.

30. La encuesta utilizó la clasificación de grupos étnicos recomendada por la Oficina de Estadísticas Nacionales para la identificación de la propia etnicidad realizada a través de encuestas postales en Inglaterra y Gales. Oficina de Estadísticas Nacionales, *Ethnic Group Statistics: A Guide for the Collection and Classification of Ethnicity Data*, (2003) p. 7.

31. Entre aquellos que respondieron a las convocatorias para integrar un jurado, la abrumadora mayoría (82%) también respondió el cuestionario de estudio y casi todos los que actuaron como jurado (91%) respondieron el cuestionario.

Mito: Los grupos de minorías étnicas y negras (en adelante BME: “*Black and minority ethnic*”) están sub-representados entre los convocados en Inglaterra y Gales para llevar a cabo el rol de jurado. Debido a esta presunción, el *Auld Review* recomendó reformar la ley para permitir al “*Jury Central Summoning Bureau*” (oficina central de convocatorias de jurados) combinar un número de listas públicas -directorios telefónicos, licencias de vehículos y listados de contribuyentes- para incrementar el número de minorías étnicas convocadas para el rol de jurado³².

Realidad: La encuesta reveló que en prácticamente todas las *Crown Courts* de Inglaterra y Gales (83 de las 84 cortes cubiertas por la encuesta) no existía una significativa sub-representación de los grupos BME entre los convocados para el rol de jurado³³. Esto indica que el proceso de convocatoria computarizada al azar –tomada de listas electorales provistas por las autoridades locales- está logrando satisfactoriamente que exista un grupo de potenciales jurados étnicamente representativos en casi todas las cortes. Esto puede asombrar ya que los grupos BME son generalmente considerados como sub-representados en las listas electorales³⁴, que configuran la fuente de las listas para la convocatoria de los jurados. Pero en realidad no hay evidencias concretas para sostener la necesidad de cambiar la fuente de las listas de jurados.

Predisposición para ejercer el rol de jurado

Mito: Existe una tendencia generalizada por parte del público británico para evitar el rol de jurado, y particularmente ocurre en Londres donde vive la mayor parte de las minorías étnicas. El *Auld Review* reveló en su informe las afirmaciones realizadas por Darbyshire acerca de que la mayoría de la gente intenta evitar la actuación de jurado si es convocada y que cinco sextos de los londinenses la evaden³⁵.

Realidad: Los resultados de las encuestas realizadas a los jurados convocados no permitieron sostener estas afirmaciones. En efecto, casi todas las personas (85%)

32. Auld Review, Ch. 5, para. 60.

33. Se halló que las minorías étnicas estaban significativamente sub-representadas entre las personas convocadas para integrar jurados en Manchester Crown Square. Las minorías étnicas también se encontraban significativamente sobre-representadas en una de las cortes (Great Grimsby). Para detalles del análisis, ver Thomas, *Diversity and Fairness in the Jury System*, MOJ Research Series 02/07 (2007), Appendix 1.

34. Mientras que parece existir algún consenso de que los grupos BME pueden encontrarse sub-representados entre los votantes registrados, no resulta claro cuáles grupos BME son los menos registrados. Dos estudios a finales de la década de 1990 alcanzaron diferentes conclusiones. Ver S. Saggat *The General Election 1997: Ethnic Minorities and Electoral Politics* (1998) y M. Anwar *Ethnic Minorities and the British Electoral System* (1998). Más allá de esto, la Comisión Electoral ha mostrado que otros factores demográficos (como la edad, el género, la clase, la educación y la ubicación geográfica) pueden tener más influencia que la etnicidad en la determinación de la registración como votante. Ver *Voter Engagement among Black and Minority Ethnic Communities*, Electoral Commission Research Report (julio de 2002).

35. Darbyshire, Maughan y Stewart, “What Can the English Legal System Learn from Jury Research Published up to 2001”, Apéndice al Auld Review.

convocadas para el rol de jurado respondieron a dicha convocatoria, y en Londres la abrumadora mayoría (79%) no sólo las respondió sino que tres quintos lo ejercieron. Por otra parte, no puede asumirse que todos aquellos que no respondieron a la convocatoria lo hayan hecho para evadir de manera intencional el rol de jurado. En efecto, un tercio de las convocatorias que no fueron respondidas se devolvieron al “*Jury Central Summoning Bureau*” (oficina central de convocatoria de jurados) porque no fue posible su entrega debido a un cambio de residencia del destinatario; y es probable que muchas de las no devueltas también reflejen cambios de residencia. Así, cuando en cada corte se examinaron las convocatorias que no fueron devueltas, se determinó que ello ocurrió, en su mayoría, en áreas con los más altos niveles de alquiler de viviendas³⁶.

La encuesta MORI realizada para el “*Jury Diversity Project*” (Proyecto de Diversidad de Jurado) también reveló que la vasta mayoría del público se encuentra dispuesto a ejercer el rol de jurado. Tres cuartos del público (76%) coincidió en que actuarían como jurado porque lo consideran un deber cívico, mientras que la mayoría dijo que disfrutarían la responsabilidad (54%) y aún que estarían ansiosos de servir en un jurado (50%). La gran mayoría (69%) no compartió la postura acerca de que la desconfianza en el sistema de jurados es la que provoca que ellos no quieran actuar como tales. Tampoco hay evidencia que sugiera que las minorías étnicas no están dispuestas a actuar como jurado. Tan solo una pequeña e igual proporción de encuestados blancos y no blancos (14%) estuvieron de acuerdo con la siguiente afirmación: “No querría actuar como jurado porque no tengo confianza en el sistema de jurados”.

El impacto de los cambios en las reglas de elegibilidad de los jurados

En su *White Paper* de 2002, “*Justice for All*” (Justicia para Todos), el Gobierno manifestó su intención de aumentar la proporción de población elegible para cumplir el rol de jurado, en parte como una forma de asegurar que los jurados reflejen apropiadamente la diversidad de las comunidades en las que ejercen dicho rol³⁷. La ley de Justicia Criminal de 2003 dejó sin efecto las causales de no elegibilidad y el derecho de excusarse para ciertos grupos³⁸, sin embargo los jurados convocados aún pueden ser descalificados o excusados debido a la edad, residencia, discapacidad mental, antecedentes criminales, lengua, cuestiones médicas u otras razones. El proyecto llevó a cabo dos encuestas, una antes y otra después de que estas nuevas reglas de elegibilidad entraran en vigencia en

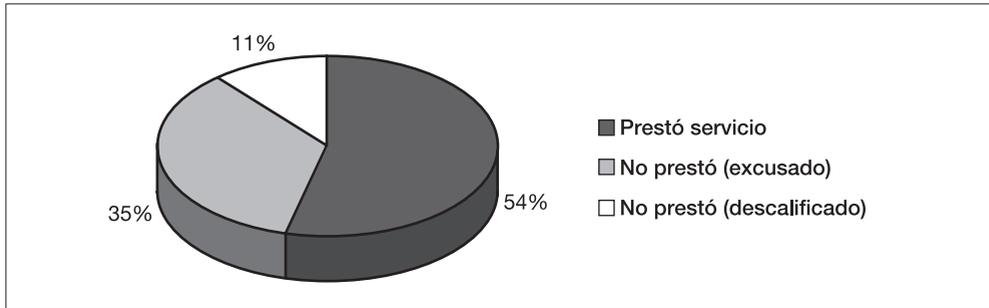
36. Para detalles del análisis ver Thomas, *Diversity and Fairness in the Jury System*, MOJ Research Series 02/07 (2007), Appendix 3.

37. *Justice for All*, 2002. Cm. 5563, s.7.27.

38. Aquellos con edades de 65 a 69 años, miembros del Parlamento, integrantes del clero, profesionales de la medicina y quienes están involucrados en la administración de justicia. Las nuevas reglas de elegibilidad de los miembros del jurado cubren todos los electores registrados entre los 18 y los 70 años de edad que cuenten con una residencia en el Reino Unido de 5 años: Ley de Jurados de 1974 modificada por la Ley de Justicia Criminal 2003 s.321 Sch. 33.

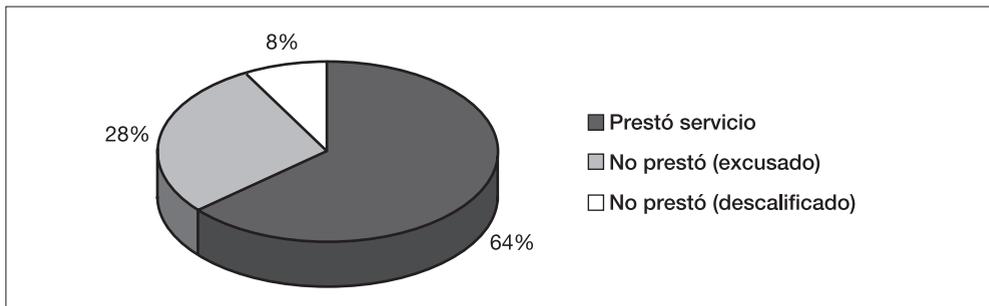
2004. Como muestran las Figuras 1A y 1B, las nuevas reglas parecieron tener un impacto inmediato en la proporción de los convocados que cumplieron el rol: aumentaron del 54 al 64 por ciento, mientras que las descalificaciones disminuyeron en un tercio y las excusaciones en un cuarto.

Figura 1A | Encuesta de 2003: Situación final de ciudadanos convocados a formar parte de jurados



Situación final de ciudadanos convocados a formar parte de jurados, según encuesta de 2003 (n=7.216).

Figura 1B | Encuesta de 2005: Situación final de ciudadanos convocados a formar parte de jurados



Situación final de ciudadanos convocados a formar parte de jurados, según encuesta de 2005 (n=5.986).

Entre los convocados que no llevaron a cabo el rol de jurado, el grupo individual más grande (38%) fue excusado por razones médicas. Sin embargo, entre los jurados BME convocados que no cumplieron el rol, el grupo individual más grande (24%) fue descalificado porque no eran residentes en el período requerido mientras que el segundo grupo (21%) fue excusado por razones relacionadas a la lengua. El lugar de residencia y el manejo del lenguaje son requerimientos básicos para cumplir el rol de jurado, lo que indica que cuando las minorías étnicas no cumplieron con dicho rol esto se debió, en gran parte, a circunstancias ajenas y no a la falta de voluntad para cumplir como jurado.

Si bien las nuevas reglas de elegibilidad incrementaron la participación total, no alteraron en forma sustancial la naturaleza representativa de los jurados. El estudio sobre los *pools* de jurados realizado en profundidad en tres *Crown Courts* en 2003

(sobre el que se hablará más abajo) mostró que, aún antes de que estas nuevas reglas de elegibilidad fueran introducidas, los jurados que prestaron el servicio fueron altamente representativos de la comunidad local en términos étnicos, de género, ingreso, ocupación y religión.

¿Quién cumple el rol de jurado? La relativa importancia de la etnia

Un examen detallado de todas las excusaciones y descalificaciones del rol de jurado también mostró que el pensamiento actual acerca de quién lleva a cabo y quién no dicho rol está basado en el mito, y no en la realidad.

Mito: Las minorías étnicas se encuentran sub-representadas entre aquellos que llevan a cabo el rol de jurado.

Realidad: En casi todas las cortes (81 de las 84 encuestadas), no hubo diferencia significativa entre la proporción de jurados BME que llevaron a cabo el rol y los niveles de población BME del área de selección de los jurados de cada corte³⁹.

El estudio mostró, a través de la recolección de información sobre edad, género, ingreso, empleo, religión y lenguaje, qué características de los convocados incidieron para que actuasen o no como jurado, a la par de reflejar cuán importante es la etnia en relación a esos otros indicadores. Un hallazgo clave de la encuesta fue que los factores más significativos para predecir si una persona convocada prestará -o no- el servicio, son su ingreso y su situación laboral, no su etnia⁴⁰. En este sentido, entre toda la gente convocada los menos proclives a prestar la labor fueron aquellos con menor ingreso familiar y quienes se encontraban económicamente inactivos. Este parámetro también se registró en el caso de minorías étnicas -donde aquellos con mayor ingreso familiar registraron los más altos niveles de actuación como jurado-. La etnia fue sólo relevante cuando se combinó con la lengua; el único de estos casos en el que la mayoría no actuó como jurado (53%) fue el de los jurados BME que no poseían al idioma inglés como su lengua materna⁴¹. Esto no es sorprendente, toda vez que aquellos sin un suficiente manejo del inglés son excusados del rol de jurado.

39. Las tres cortes donde las minorías étnicas se encontraban significativamente sub-representadas entre quienes actuaron como jurado fueron Manchester Crown Square, Birmingham y Leeds. Para resultados del análisis estadístico ver Thomas, *Diversity and Fairness in the Jury System*, MOJ Research Series 02/07 (2007), Appendix 1.

40. Para detalles del análisis, ver Thomas, *Diversity and Fairness in the Jury System*, MOJ Research Series 02/07 (2007), Appendix 5.

41. Aquellos convocados con antecedentes asiáticos cuya lengua materna es el inglés tuvieron el más alto nivel de servicio de jurado entre todos los convocados (78%), incluso más alto que los blancos angloparlantes (72%).

Mito: Las clases medias y “los importantes e inteligentes” evitan el rol de jurado⁴², los empleados por cuenta propia están virtualmente exentos de dicha labor⁴³, las mujeres y los jóvenes están sub-representados entre quienes cumplen el rol de jurado⁴⁴ y los jurados están mayormente conformados por retirados y desempleados.

Realidad: No se corroboró que “los importantes e inteligentes” eviten el rol de jurado. En efecto, quienes cuentan con menor nivel de ingresos y los económicamente inactivos fueron menos proclives a cumplir el rol de jurado que quienes poseen un nivel de ingreso mediano o alto y los que están empleados. El porcentaje más alto de personas que ejercieron el rol de jurado poseían de medios a altos ingresos, y las personas cuyas profesiones poseen mayor status fueron totalmente representadas entre quienes actuaron como jurado. Los empleados por cuenta propia ejercieron el rol de jurado en proporción a su representatividad en la población, y los empleados en general se encuentran sobre-representados entre quienes cumplieron el rol, mientras que son los retirados y los desempleados quienes están sub-representados. La proporción de hombres y mujeres prestando servicio de jurado fue exactamente la misma (50%) y el género no tuvo impacto significativo. La proporción de gente de entre 18 y 24 años prestando servicio de jurado (10%), fue casi idéntica a su representatividad en la población general (11%).

Composición de los *pools* de jurados y de los jurados

Se llevó a cabo un estudio más detallado de todos los que ejercieron el rol de jurado tanto en los *pools* de jurados• como en los jurados constituidos durante cuatro semanas consecutivas en tres *Crown Courts*, donde más del 10% de la población local se compone de minorías étnicas (Blackfriars, Reading y Manchester Minshull Street)⁴⁵. Y al separar la etnia en grupos étnicos específicos, surgió una imagen más clara acerca de qué tan relevante es la demografía étnica entre quienes actúan como jurado en las cortes individuales. Por ejemplo, en Reading y Blackfriars los jurados paquistaníes fueron representados en proporción a la población paquistaní local⁴⁶, pero los jurados paquistaníes en Manchester fueron el grupo étnico más sub-representado en el *pool* de jurados (3,8% en población local, aunque actuó solo un 0,8%). Como lo mostró la encuesta de convocatoria, cuando las minorías étnicas no prestan el servicio de jurado, se

42. Reportado en la Auld Review, Ch. 5, para. 13.

43. Auld Review, Ch. 5 paras 27-40.

44. *Justice for All*, 2002, Cm. 5563, s.7.24.

• *N. del T.*: ver nota al pie n°27.

45. La encuesta tuvo un promedio de respuesta del 90%.

46. 2,4% de las personas que actuaron como jurado en Reading eran de origen paquistaní en comparación con el 2,5% en la población local; 1,2% de quienes cumplieron el rol de jurado en Blackfriars eran de origen paquistaní, la misma proporción que en la población local.

debe mayormente a que no son residentes en el período requerido o debido a dificultades del lenguaje. Y el hecho de que existe un más bajo nivel de alfabetización en inglés de la comunidad paquistaní en la zona de selección de Manchester que en las comunidades paquistaníes de las zonas de selección de Reading y Blackfriars, pareciera dar cuenta de la variación de representatividad entre jurados paquistaníes en estas cortes⁴⁷.

El análisis efectuado en estas tres cortes también reveló otra concepción errónea sobre los jurados:

Mito: Los jurados no reflejan el amplio rango de capacidades y experiencias existentes en la comunidad.

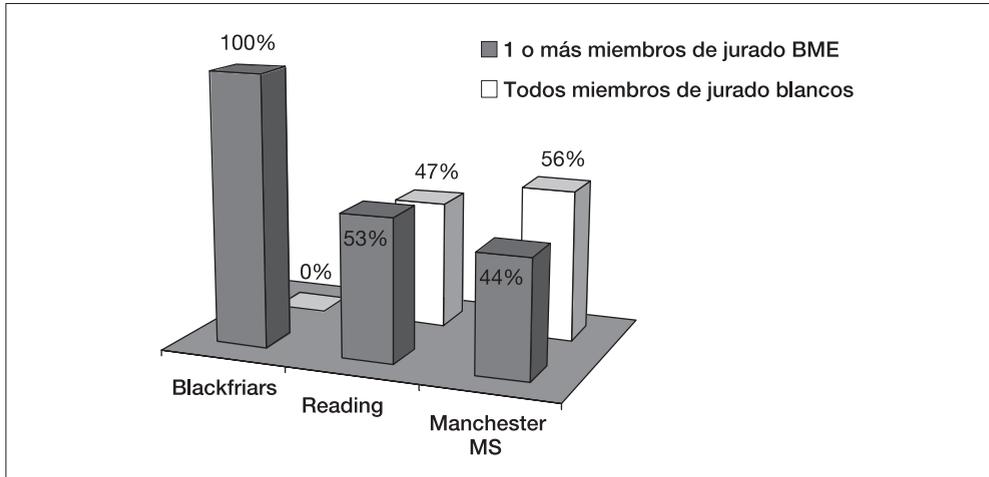
Realidad: En las tres cortes, ningún grupo ocupacional estuvo significativamente sub-representado entre quienes ejercieron el rol de jurado. Una tendencia clara y consistente en las tres cortes fue que los empleados se encontraban sobre-representados entre quienes actuaron como jurado en relación con su representatividad en el área de selección de cada corte. El grupo ocupacional más grande entre quienes ejercieron el rol en las tres cortes fue el de los profesionales, reflejando el hecho de que configuran el grupo ocupacional más grande en las tres zonas de selección. Esto también despeja el mito de que “los importantes y los inteligentes” se las arreglan para evitar actuar como jurado.

Un análisis de representatividad respecto de los jurados constituidos tomados individualmente en cada una de las tres cortes reveló una sustancial diferencia en la proporción de jurados racialmente mixtos en cada corte. Como lo muestra la figura 2, todos los jurados fueron racialmente mixtos en Blackfriars (con al menos un miembro BME en cada jurado), mientras que un poco más de la mitad (53%) de todos los jurados fueron racialmente mixtos en Reading, y poco menos de la mitad (44%) lo fueron en Manchester Minshull Street. Esto refleja el más alto nivel de población de minoría étnica en el área de selección de jurados de Blackfriars (33%) comparado al de Reading y Manchester Minshull Street (10% y 11% respectivamente). En Blackfriars, no todo jurado fue estrictamente representativo de la población de minoría étnica del área de selección de la corte: solo el 17% de los jurados de Blackfriars tuvo al menos el 33% de miembros BME (por ejemplo cuatro o más), pero todos los jurados racialmente mixtos en Reading y Manchester fueron como mínimo representativos de la población local, ya que un solo miembro BME convertía al jurado en representativo de la población local. No hubo jurados íntegramente conformados por mujeres u hombres en ninguna

47. El Departamento de Educación y Habilidades estima que el nivel básico de alfabetización inglesa resulta bajo en los cinco distritos electorales del área de Oldham (Alexandra, Coldhurst, St. Marys, St. Pauls y Werneth) con los más altos niveles de población ESOL, perteneciente al área de selección de jurados de Manchester Minshull Street. Ver http://www.dfes.gov.uk/readwriteplus_skillsforlifsurvey -compulsado el 18 de Marzo de 2008- (N. del. T: la sigla ESOL refiere a la expresión “English for Speakers of Other Languages”, es decir, “inglés para personas que hablan otros idiomas”)

de estas cortes, y el 88% de todos los jurados tenían una relación de 6:6, 7:5 o 8:4 con respecto a la división de género⁴⁸.

Figura 2 | Representación de BME en jurados



Representación de minorías étnicas en jurados en 3 *Crown Courts*

Casos en los que la composición racial del jurado continúa siendo una preocupación

Las cuestiones étnicas relacionadas a los jurados convocados pueden ser más problemáticas en algunas *Crown Courts* que en otras. El estudio determinó que los jurados racialmente mixtos únicamente pueden existir en cortes donde las minorías étnicas configuran al menos el 10% de la totalidad del área de selección de jurados. Esto no refleja ninguna falla en la convocatoria; es simplemente la consecuencia de los niveles de población en estas áreas de selección y del proceso de selección al azar. Pero este factor es de crucial importancia para entender la relación entre la etnia y la convocatoria de jurados en las *Crown Courts*.

Sólo 20 de las 94 *Crown Courts* en Inglaterra y Gales (21%) tienen áreas de selección de jurados donde las minorías étnicas configuran más del 10% de la población, y por lo tanto tienen una alta probabilidad de que alguna minoría étnica se encuentre en los jurados. La mayor parte de estas cortes se encuentran en Londres⁴⁹. Esto significa que en la mayoría de

48. Esto refleja detenidamente los hallazgos sobre género en el "Crown Court Study", el que incluyó un número mucho mayor de jurados. Ver Zander y Henderson, *Crown Court Study* (1993), p.235.

49. Doce de las veinte son las *London Crown Courts*. Miembros del jurado en estas cortes de Londres configuran un cuarto de la totalidad de los que cumplen el rol, y el 45% de la población de minoría étnica de Inglaterra y Gales vive en Londres. Las otras cortes son Reading, Manchester Minshull Street, Luton, Coventry, Wolverhampton, Bradford, Leicester, Birmingham.

las *Crown Courts* del país (74% o 79%) existe una escasa probabilidad de que las minorías étnicas se encuentren en un jurado. El estudio identificó 13 de estas 74 cortes⁵⁰ donde la falta de representatividad de minorías étnicas en los jurados puede ser particularmente problemática. Estas son cortes donde, a pesar de que el nivel total de la población de minorías étnicas se encuentra por debajo del 10% en las áreas de selección de jurados, existen zonas de gran concentración de minorías étnicas dentro de ellas. Esto es proclive a crear una expectativa pública de que los jurados en estas cortes serán racialmente mixtos - una expectativa que el proceso de convocatoria no puede satisfacer. El tema de la composición racial de los jurados es también pasible de ser planteado en alguna de estas cortes debido a que en ellas existe una alta proporción de casos en los que los acusados forman parte de minorías étnicas o donde se juzgan crímenes agravados por la raza⁵¹. No hay una solución simple a esta situación. La información pública puede ayudar a los usuarios del sistema de justicia a entender por qué en estas cortes los jurados están compuestos predominantemente de todos blancos, pero esto no alterará la composición del jurado. Redefinir los límites de las cortes para incrementar la proporción total de minorías étnicas en el área de selección de jurados, tampoco es una opción viable para la mayoría de estas cortes.

Estudio sobre la raza y la toma de decisiones del jurado

La preocupación acerca de la posible sub-representatividad de las minorías étnicas en los jurados está basada en que la composición étnica puede afectar sus decisiones y, para evaluar esa circunstancia, este estudio utilizó simulaciones de casos con jurados reales por primera vez en este país. Es que, la investigación de casos reales tiene el problema inherente de que no existen dos casos idénticos, haciendo muy difícil extraer conclusiones que puedan ser extrapoladas más allá de los casos individuales. En cambio, la simulación de casos permite un estudio sistemático de la toma de decisiones y por esta razón fue utilizada en la investigación; no por el hecho de que la s.8 -de la Ley de Desacato a la Corte de 1981- prohíba entrevistar a los jurados respecto de sus deliberaciones. Cabe aclarar que los estudios de simulación han sido válidamente criticados por carecer de autenticidad ya sea en razón de los sujetos que intervienen, los materiales del caso o la simulación misma⁵². De cualquier modo, se realizaron grandes esfuerzos para llevar estas simulaciones en la medida de lo posible a las condiciones experimentadas por jurados

50. Sheffield, Leeds, Nottingham, Manchester Crown Square, Burnley, Aylesbury, Bolton, Preston, Derby, Oxford, Cardiff, Bristol y Liverpool.

51. Ver "Persons tried for indictable offences at the Crown Court by outcome and ethnic appearance, selected areas, 2004" en *Statistics on Race in the Criminal Justice System - 2005* Home Office (2006) y *Crown Prosecution Service Racist Incident Monitoring Report 2004-05*, CPS (Octubre 2005).

52. Un examen de más de treinta investigaciones sobre simulación de casos en los EEUU permitió establecer que muchas confiaban fuertemente en la participación de estudiantes universitarios, utilizaban datos de casos incompletos o no auténticos, tenían un número insuficiente de participantes, y no permitían la deliberación entre ellos. Ver Sommers y Ellsworth, "¿How Much Do We Really Know About Race and Juries? A Review of Social Science Theory and Research" (2003) 78 (3) *Chicago-Kent Law Review* 997.

reales. Para ello, no sólo se usó un caso real⁵³, un juez real, abogados, policías, personal de la corte y testigos, sino principalmente jurados reales (quienes participaron como un jurado en una *Crown Court* para la realización del estudio).

El estudio fue realizado por jurados excluidos de la *Crown Court* de Blackfriars en Londres⁵⁴. Los paneles de jurados fueron seleccionados por el propio programa de selección al azar del *Court Service*, y todos los jurados incluyeron suficientes integrantes como para constituir un jurado válido⁵⁵. El estudio incluyó veintisiete jurados y trescientos diecinueve miembros. Todos los jurados vieron una película del mismo caso en donde un imputado varón era acusado de causar el delito de “*Actual Bodily Harm*” (ABH)⁵⁶ – lesiones corporales efectivas- golpeando a una víctima masculina después de una discusión afuera de un bar. Fueron creadas diferentes versiones del caso con cambios respecto de la raza del acusado o de la víctima (blanco, negro o asiático), o de la acusación (una única imputación de ABH o dos imputaciones de ABH y un ABH agravado por la raza)⁵⁷. Los jurados fueron azarosamente asignados para ver una de las versiones del caso. Los videos del caso contenían todos los elementos de un juicio real: la apertura de la acusación, los testimonios de los testigos convocados por las partes y el interrogatorio cruzado de todos los testigos, los alegatos finales de la acusación y la defensa, y las instrucciones respecto de la ley aplicable por parte del juez. Después de ver el caso, los miembros del jurado dejaron constancia de sus veredictos iniciales antes de deliberar; deliberaron para intentar alcanzar un veredicto⁵⁸; dejaron constancia de sus veredictos después de la deliberación y luego completaron un cuestionario explorando sus percepciones de los testigos, la evidencia, la justicia y el sistema de jurados.

Esta investigación se distingue en dos aspectos respecto de otros estudios sobre jurados. En primer lugar, fue un estudio de jurados racialmente mixtos, y por ende, fue capaz de efectuar comparaciones directas entre la toma de decisiones de miembros de jurados blancos y de minorías étnicas. Aún en los Estados Unidos, pocos estudios sobre jurados han incluido participantes de minorías étnicas, o minorías étnicas y participantes blancos en el mismo estudio. En segundo lugar, el estudio examinó tanto los votos individuales de

53. Los nombres y lugares del caso original fueron modificados para asegurar el anonimato de toda persona involucrada en él.

54. Una vez que los convocados para ser jurados fueron excluidos, se les preguntó si estarían dispuestos a participar en el proyecto de investigación, que involucraba mirar la película de un caso, deliberar por un período establecido y completar cuestionarios. Se les pagó 20 libras, y la participación de jurados excluidos fue del 98%.

55. Veintitrés jurados con 12 miembros, tres con 11, uno con 10.

56. Contemplado en el “*Offences Against the Person Act 1861*” (ley de Delitos Contra las Personas), s. 47.

57. Previsto en el “*Crime and Disorder Act 1998*” (ley de Crimen y Desorden) 1998 s.29 (1) (b). Para imputar el agravante por raza se sostuvo que, antes de que el acusado golpear a la víctima (lo que no era discutido) dijo “Tomá ésto bastardo Negro/Paki/Blanco”. En la versión con un único caso de ABH, lo que se sostuvo era que el acusado dijo “Tomá ésto, bastardo” antes de golpear a la víctima.

58. La proporción entre juicio/deliberación (3:1) fue la misma tanto en el caso original como en la simulación del caso. El juicio original duró quince horas y la deliberación cinco horas. La película del caso simulado duró una hora seguida de 20 minutos de deliberación. El tiempo de deliberación también refleja los hallazgos del “*Crown Court Study*”, que encontró que la vasta mayoría de jurados reales (75%) deliberaron por menos de una hora cuando el juicio duró menos de medio día. Zander y Henderson, *Crown Court Study*, p. 225.

los miembros del jurado como el veredicto. La mayoría de las investigaciones sobre “el jurado” solamente examinan los votos de cada integrante, no el veredicto del jurado⁵⁹. Esto se debe a que los estudios sobre la toma de decisiones del jurado (*y no de sus integrantes*) pueden consumir mucho tiempo y ser lógicamente complicados. Pero en el mundo real de los juicios criminales es finalmente el veredicto del jurado el que cuenta, y los estudios que toman en cuenta las decisiones de sus miembros pueden ser correctamente criticados por no contemplar este factor.

Veredictos de jurados racialmente mixtos y votos de jurados individuales

El principal descubrimiento es que los veredictos de jurados racialmente mixtos no discriminaron a los acusados en función de su raza. Los resultados fueron notablemente similares para los acusados blancos, negros y asiáticos en los veintisiete veredictos de los jurados. En los casos en que los jurados alcanzaron un veredicto, éste fue el mismo –en casi todas las instancias (10 de 11 o 91%)– con independencia de la raza del acusado. Hubo más jurados que se disolvieron por falta de acuerdo necesario entre sus miembros (16) que veredictos (11), pero esto reflejó la naturaleza controvertida del caso original⁶⁰; y la posibilidad de alcanzar un veredicto de mayoría permitió que más jurados alcanzaran un veredicto (11) que si la unanimidad hubiese sido necesaria (1).

Aún cuando la raza del acusado no tuvo impacto en los veredictos, sí lo tuvo de manera significativa en los votos individuales de algunos de los miembros que integraban esos jurados. El análisis estadístico de los votos individuales de los trescientos diecinueve jurados que tomaron parte en la simulación del caso, mostró que en ciertos casos los jurados BME fueron significativamente menos proclives a votar a favor de condenar a un acusado BME que a uno blanco⁶¹. Como muestran las figuras 3A y 3B, esta “indulgencia de la misma raza” se encontró presente sólo cuando la raza no era un elemento explícito del caso. Así, cuando la agresión era imputada como ABH solamente y no se hacía mención de la raza, los jurados BME fueron mucho menos proclives a condenar a un acusado BME (12%) que al acusado blanco (59%), mientras que los jurados blancos tuvieron tasas de condena similares para el acusado blanco y para los acusados BME (33% y 26% por ciento respectivamente). Sin embargo, cuando la misma agresión era imputada como agravada por la raza⁶², los jurados blancos y los jurados BME tuvieron similares tasas de condena⁶³ tanto para los acusados blancos (63% y 67% respectivamente) como para los acusados BME (32% y 29% respectivamente).

59. Una excepción es S. Sommers “On Racial Diversity and Group Decision-Making; Identifying Multiple Effects of Racial Composition on Jury Deliberations” (2006) 90(4) *Journal of Personality and Social Psychology* 597.

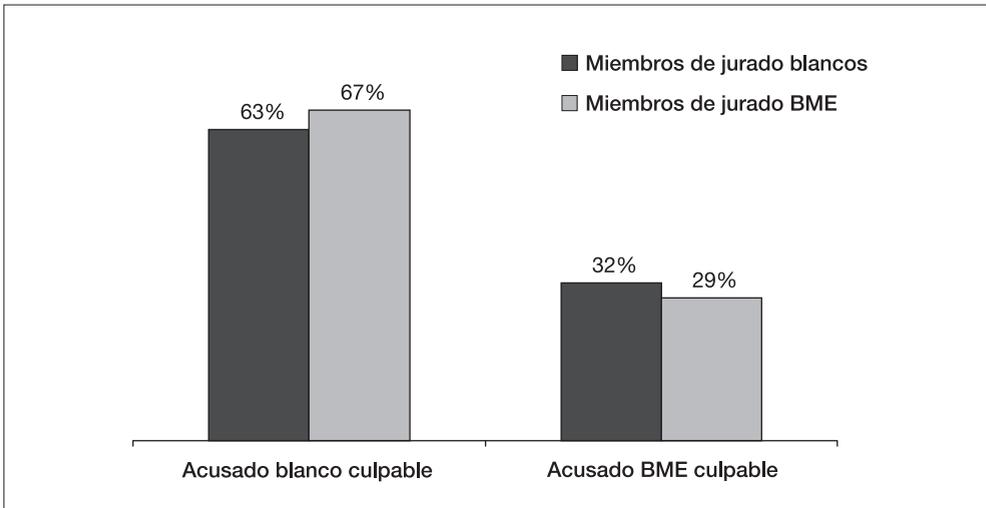
60. En el caso original en el que se imputaba el delito de ABH, el jurado fue incapaz de alcanzar un veredicto (y por tanto no se arribó a un veredicto sobre el cargo de ABH agravado por la raza).

61. Para detalles del análisis ver Thomas, *Diversity and Fairness in the Jury System*, MOJ Research Series 02/07 (2007), Appendix 6.

62. Donde el imputado fue acusado tanto del delito de ABH como de ABH agravado por la raza.

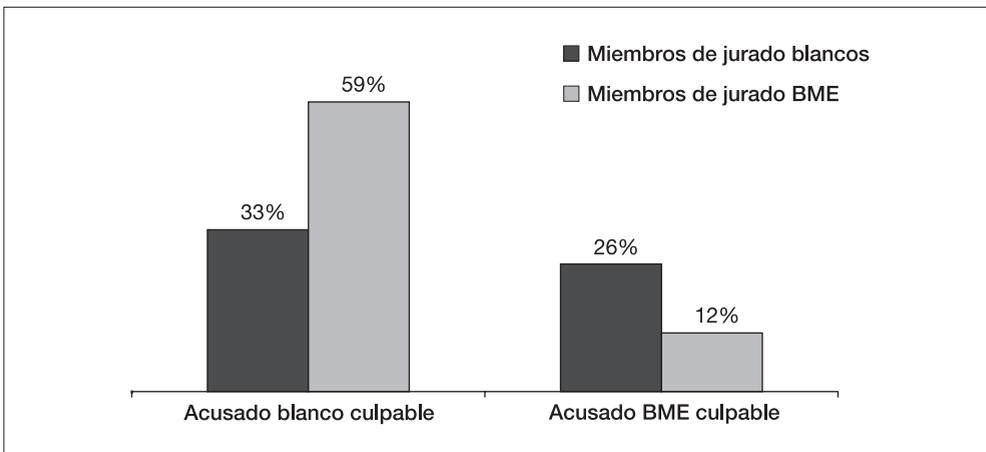
63. En la acusación de ABH.

Figura 3A | Votos de culpabilidad respecto de cargos ABH cuando el imputado había sido acusado tanto de ABH como de ABH agravado por la raza



Voto de miembros de jurado en casos donde la imputación se relacionaba con la raza.

Figura 3B | Votos de culpabilidad respecto de cargos ABH cuando el imputado solo había sido acusado de ABH



Voto de miembros de jurado en casos donde la imputación no se relacionaba con la raza.

Los jurados blancos también mostraron alguna evidencia de la misma indulgencia de raza, pero, al igual que el caso anterior, ello ocurrió sólo cuando la raza no era un elemento explícito. En estos casos, los jurados blancos tuvieron muy bajas tasas de condena para el acusado blanco (33%) a pesar de afirmar consistentemente que no creían en su evidencia y

sentir que él era deshonesto⁶⁴. Tanto Runciman como Auld recomendaron que los jurados racialmente mixtos fueran usados en casos que involucrasen temas raciales manifiestos, pero estos hallazgos sugieren que la parcialidad racial es de hecho *menos* probable en esos casos que en casos donde la raza no es un elemento manifiesto.

Indulgencia de la misma raza

En los pocos estudios realizados en Estados Unidos para comparar juzgamientos de jurados blancos y negros, en general, la raza de los acusados pareció influenciar más a jurados de minorías étnicas que a jurados blancos. Estos estudios encontraron que los jurados negros exhibían indulgencia hacia los acusados negros y juzgaban a los acusados blancos de modo más severo⁶⁵. Estudios psicológicos sugieren que la indulgencia de la misma raza entre los miembros –del jurado– de minorías étnicas puede reflejar una mayor tendencia por parte de ellos a percibir inequidades raciales en el sistema de justicia criminal⁶⁶, y que donde jurados de minorías étnicas creían que las cortes estaban parcializadas en contra de los acusados de minorías étnicas, su concepción de justicia podía motivarlos a ejercitar indulgencia de la misma raza para compensar esa parcialidad⁶⁷. En esos casos, los jurados de minorías étnicas pueden establecer un estándar de certeza más alto antes de condenar a un acusado de una minoría étnica para igualar los tantos⁶⁸, o pueden interpretar la evidencia de manera diferente cuando el acusado es de un grupo de minoría étnica⁶⁹. El estudio de Blackfriars sugiere que la indulgencia de la misma raza entre jurados de minorías étnicas en este país refleja su percepción de que el sistema de justicia está racialmente parcializado. La mayoría de los miembros –de jurados– de minorías étnicas que tomaron parte en este estudio (68%) creyeron que las minorías étnicas son tratadas de modo más severo por los tribunales que la gente blanca, mientras que la mayoría de los jurados blancos (55%) estaban en desacuerdo con ese punto de vista.

Mientras que esta evidencia de la indulgencia de la misma raza puede parecer convincente, es importante recordar que esta indulgencia por parte de algunos miembros –de jurados– de minorías étnicas no tuvo impacto en los veredictos de los jurados de

64. Para detalles de este análisis ver Thomas, *Diversity and Fairness in the Jury System*, MOJ Research Series 02/07 (2007), p. 175.

65. S. Sommers y P. Ellsworth "Race in the Courtroom: Perceptions of Guilt and Dispositional Attributions" (2000) 26 *Personality and Social Psychology Bulletin* 1367; D. Abwender y K. Hough "Interactive Effects of Characteristics of Defendant and Mock Juror on U.S. Participants' Judgement and Sentencing Recommendations" (2001) 141 *Journal of Social Psychology* 603.

66. Ver R. M. Sellers y J.N. Shelton "The Role of Racial Identity in Perceived Racial Discrimination" (2003) *Journal of Personality and Social Psychology* 84.

67. Sommers y Ellsworth, "Race in the Courtroom: Perceptions of Guilt and Dispositional Attributions" (2000) 26 *Personality and Social Psychology Bulletin* 1367

68. Ver J. Jones "Whites are from Mars, O.J. is from Planet Hollywood" en *Off White: Readings on Race, Power and Society* (1997)

69. Ver G.V. Bodenhausen y R.S. Wyer, "Effects of Stereotypes in Decision Making and Information-processing Strategies" (1998) 48 *Journal of Personality and Social Psychology* 267.

los que formaron parte. El hecho de que 12 miembros del jurado deban conjuntamente tratar de alcanzar una decisión y que fue posible arribar a veredictos de mayoría, pareció asegurar que las parcialidades individuales no determinarían la toma de decisiones de estos jurados racialmente mixtos. En cambio, si los jurados fueran más pequeños o si fueran requeridos veredictos unánimes, entonces la parcialidad de los miembros del jurado podría potencialmente tener un mayor impacto en los veredictos. Estos descubrimientos destacan cuán importante es para cualquier investigación sobre jurados mirar más allá de las decisiones de los miembros del jurado, pues también se debe enfocar la atención en la toma de decisiones del jurado como un todo. De cualquier modo, este estudio de toma de decisiones no se dirigió a investigar si los jurados compuestos totalmente por miembros blancos discriminan en contra de los acusados en base a su raza. Esta es claramente una pregunta crucial para responder, particularmente porque el estudio de representatividad reflejó que la mayor parte de los jurados en la mayoría de las *Crown Courts* son todos blancos. La autora se encuentra actualmente realizando una investigación con jurados compuestos completamente por miembros blancos para responder esta pregunta⁷⁰.

Conclusión

Durante muchos años los mitos sobre el rol de jurado han oscurecido percepciones y debates de política criminal sobre el sistema de jurados. De nada sirve para los jurados, usuarios del sistema de justicia, o para quienes ejercen la profesión legal, la creencia errónea de que los jurados no son representativos y que no son lo suficientemente importantes o inteligentes como para eludir actuar como tales. Es claro ahora que quienes actúan como jurado reflejan fuertemente la diversidad de sus comunidades locales y que el público de Inglaterra y Gales no elude de manera masiva el rol de jurado. Esto era verdad aún antes de la reciente introducción de las nuevas reglas de elegibilidad de jurados, que de cualquier modo han aumentado la participación. La investigación brinda también evidencia para apoyar el llamado efectuado por el *Lord Chief of Justice* a confiar en el sentido común del jurado. A pesar del hecho de que algunos miembros del jurado sí mostraron parcialidad hacia acusados en base a su raza, los veredictos de los jurados de los que formaron parte no discriminaron a los acusados por tales razones. En definitiva, el estudio logró echar por tierra algunos mitos duraderos acerca de los jurados y exploró la forma en que los jurados toman decisiones; de esta manera, la investigación también destacó lo valioso que puede resultar la investigación empírica sobre los jurados, y cuánta investigación sobre jurados puede realizarse en este país aún en el marco de las restricciones legales existentes.

70. Investigación encomendada por la Unidad de Investigación del Ministerio de Justicia. Se espera la publicación de los resultados a finales de 2008 (*N. del T.: La investigación, titulada "Are Juries Fair?" -¿Son justos los jurados?-, fue publicada por el Ministerio de Justicia en febrero de 2010 y puede ser compulsada en: <http://www.justice.gov.uk/publications/are-juries-fair.htm>*).

Debate

Financiamiento de las campañas políticas

A raíz de la sanción de la ley 26.571 de reforma política, desde la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo se realizó un breve cuestionario a diferentes especialistas en la materia. El objetivo era reunir visiones diferentes sobre el Estado actual del sistema de financiamiento de la política en Argentina. Se consultó además sobre cuáles debían ser las características a tomar en cuenta al momento de diseñar un sistema de financiamiento (o una reforma del sistema actual) que se adecue a las especificidades de nuestro país.

El cuestionario giró en torno a los siguientes ejes:

- Las variables político institucionales que afectan el diseño de cualquier sistema de financiamiento político. En este sentido, se mencionan las características institucionales que llevan a la defensa de un sistema financiado por el Estado, un sistema mixto o un sistema financiado por aportes privados.
- Los problemas del sistema de financiamiento en la Argentina, teniendo en cuenta el ajuste o desajuste entre el sistema legalmente vigente y la forma en que efectivamente funciona.
- La evaluación de las leyes de reforma política y los organismos de control de las mismas.
- El impacto del sistema actual teniendo en cuenta el carácter federal de la Argentina.

Alberto Föhrig¹

Nuestro sistema real de financiamiento político, a diferencia del sistema formal regulado en las leyes, es bastante atípico. El financiamiento tal como está pensado en la Argentina toma como ejes de la discusión dos aspectos, uno el financiamiento de campañas, el otro el fondo partidario permanente (FPP); que es el dinero que reciben los partidos para solventar su funcionamiento. Ambos son insuficientes ya que no toman en cuenta un fenómeno, que no solo se da en la Argentina, que es que los partidos han incrementado muy sustancialmente sus relaciones con el Estado. Por lo tanto la fuente de financiamiento principal muchas veces, contrariando normas, es este.

Paradójicamente, me gustaría y creo que es útil un sistema puramente estatal, pero no como está armado en la Argentina. Es decir, un sistema estatal en el que haya claridad de las cuentas y no apropiación por parte del partido gobernante del presupuesto público para financiamiento político. Entonces, el sistema al cual debería tenderse, y que existe en muchos países europeos, es aquel que propone que los partidos sean menos dependientes o nulamente dependientes de fondos y aportantes privados y que puedan tener apoyo estatal para su acción gubernamental. La implementación en el mundo de este sistema fue exitosa. En la Argentina tenemos la desvirtuación más extrema de esto. Aquí, un partido cuando llega al gobierno, y en alguna medida algunos partidos de la oposición, obtienen recursos del aparato estatal sin que esto sea claro, transparente ni explícito, incurriendo en operaciones ilegales que en el largo plazo afectan la legitimidad de todo el sistema político argentino.

Hay mucho escrito sobre por qué tiene problemas el financiamiento privado. Entre ellos, algunos bastante básicos, por ejemplo, el ciudadano lógicamente le otorga plata para financiar su campaña al candidato que más le gusta. Si se trata de un empresario que quiere cuidar, como suelen decir los empresarios, la “seguridad jurídica”, y esta se encuentra asegurada generalmente por los partidos pro-mercado, el dinero fluye fácilmente hacia estos y en contra de otros más vinculados a lógicas socialdemócratas, tendientes a una mayor participación del Estado en la economía y de una mayor regulación. Es el ejemplo más obvio, en términos teóricos, de problemas vinculados al financiamiento privado. En la práctica, el funcionamiento real de estos sistemas es mucho peor. En este sentido el financiamiento público pareciera tener algunas ventajas para eliminar esos problemas.

Existen problemas muy serios de financiamiento de la actividad política en Argentina. Como decía anteriormente, hay una relación muy compleja tanto con actores del mercado como con el Estado, y recientemente con actores criminales, esto genera problemas

1. Abogado (Universidad de Buenos Aires) y licenciado en Relaciones Internacionales (Universidad de Belgrano), posee una maestría en política pública (Georgetown University) y es Doctor por la Universidad de Oxford.

muy serios para la política argentina porque mina su credibilidad. En la última campaña electoral presidencial hubo aportantes que posteriormente fueron asesinados: Forza, Bina y Ferrón y estaban implicados en el tráfico de precursores químicos para la elaboración de drogas. Estos no son detalles menores, hay un problema muy serio que constituye la punta de un iceberg mucho más complejo de crecientes operaciones de lavado de dinero que en algunos casos tienen ramificaciones políticas. Creo, sin embargo, que este no es el problema central. El problema central del financiamiento político en Argentina tiene que ver con que hay diferentes fuentes que se utilizan para financiar la política y que no deberían utilizarse. Estas son el Estado, por un lado, y las provenientes de las relaciones absolutamente poco claras con el mercado. El capitalismo en Argentina funciona de una manera muy sesgada y como consecuencia de ello se profundizan los problemas que tienen todas las democracias capitalistas, donde los actores tienen un doble voto porque pueden votar, además, utilizando sus lógicas de inversión. Esta tensión propia de todas las democracias capitalistas, en la Argentina se ve exacerbada por el hecho de que existen relaciones poco claras entre el Estado y el mercado. Esto es así porque las regulaciones que existen son muy cambiantes, dependientes y arbitrarias; las compras públicas y licitaciones son como mínimo no competitivas; las concesiones mineras, petroleras, son como mínimo poco claras. En todas esas operaciones hay involucrados millonarios recursos que vuelven como pagos de quienes resultan beneficiados bajo la forma de aportes de campaña u otras maneras a quienes las otorgan. Hay un problema de relación grave con el Estado, hay poca claridad con el mercado y hay un uso arbitrario por parte de los estados provinciales y nacional de la publicidad oficial.

En la última regulación de financiamiento el gobierno, mediante las nuevas reglas de inversiones, restringe, adecuadamente, el uso de medios privados para las campañas. De esta manera el Estado pasa a ser el encargado de comprar u ofrecer a los partidos dinero público para solventar los gastos de publicidad. Ese avance que se dio, se vio oscurecido por el hecho de que la publicidad oficial que gasta el gobierno vuelve absolutamente ridícula dicha regulación. La promesa de igualdad que defiende esta regulación no puede cumplirse cuando el gobierno abusa de espacios de publicidad, para publicitar candidatos, figuras, obras, etc. Estos recursos, que los gobiernos tienen a su disposición en todo momento y no solo en período electoral rompen cualquier ecuanimidad en la distribución del financiamiento. La publicidad oficial solo se encuentra restringida por el lapso de 15 días, lo que resulta absurdo si pensamos que las campañas duran 6 meses.

Por otra parte, también son centrales en su rol como fuentes de financiamiento los sindicatos y el sistema de salud. Una buena parte de los sindicatos tiene relación con el Partido Justicialista que históricamente tiene una base trabajadora. En sí esto ocurre en muchas partes del mundo y obviamente no hay ningún problema en que los partidos posean una base trabajadora. El punto es que están mal reguladas las relaciones de financiamiento entre los sindicatos afines al PJ y el PJ y hay intercambios como mínimo muy complejos entre el financiamiento público que incluye a estos actores. Este se hace a través de obras sociales sindicales, a partir de un decreto del presidente de Onganía, con aportes especiales. Es decir que el Estado le da plata a los sindicatos

para que manejen una inmensa porción de recursos con el fin de brindar salud a sus afiliados, y parte de esos recursos vuelven a figuras gubernamentales bajo la forma de apoyo político. En consecuencia cuando se arma un esquema de financiamiento pensando exclusivamente en la regulación de los FPP y de las campañas electorales se opera sobre solo una pequeña proporción del problema, el 80 % restante queda sin tocar. Es necesario operar sobre todas estas cosas

Hay un hueco enorme, porque todo lo que estamos hablando tiene que ver con los partidos, si miramos financiamiento y campaña miramos el 20 % del problema y solo a los partidos nacionales y no los provinciales ni municipales. Los mismos problemas que se han señalado se repiten en todos los niveles. Hay muy pocas provincias que han regulado el sistema de financiamiento y ni hablar de que hayan implementado un control efectivo. En consecuencia, el sistema que ha evolucionado con la ley 25.600 y 26.215 significa avances pero sobre una porción infinitesimal.

Buena parte de por qué no funcionan adecuadamente los sistemas de financiamiento tiene que ver con que el Estado por diversas razones carece de capacidad de control, de estatidad, básicamente para sancionar a quienes no cumplen la ley. La Cámara Nacional Electoral emitió un pronunciamiento pidiéndole a la Jueza Federal Electoral de la CABA que resuelva problemas relacionados con la elección del 2007. La ley indica que la justicia electoral debe expedir en 180 días sobre las finanzas de campaña sin embargo, habiendo transcurrido casi 4 años la Jueza Servini de Cubría no ha expresado una resolución definitiva. Esto se da porque las sanciones existen pero no se aplican. Hay muchísimos pronunciamientos judiciales que sostienen que no es bueno aplicar sanciones en este plano, porque se afectan distintas facetas de la vida partidaria. Estos controles, por lentitud, negligencia y otros aspectos, no operan en la práctica y, por lo tanto, se llega a una campaña presidencial sin saber que pasó en la anterior.

Hay problemas muy severos en que el control sea ejercido de esta manera, dado que no hay jueces federales con competencia puramente electoral. Los jueces federales como consecuencia de que controlan la corrupción, tienen relaciones muy fluidas con el poder político. Esta superposición de funciones y competencias, las propias de los delitos federales y aquellas que se relacionan con la materia electoral, lesiona la posibilidad de un control efectivo por parte de los jueces. Por otra parte en el fuero penal se requieren investigaciones y los auxiliares de investigación de los juzgados federales son las fuerzas de seguridad federales que dependen del Ejecutivo. Por lo tanto, se tienen pocos incentivos para condenar al PEN por materia electoral porque a su vez se depende de él en relación a las fuerzas con las que se cuenta para investigar. Hay una serie de superposiciones entre las funciones que cumplen los jueces federales en la Argentina que deben ser eliminadas creando juzgados federales con competencia exclusiva electoral. Otra alternativa es que se haga cargo directamente la Cámara Nacional Electoral del financiamiento de los partidos y que los jueces federales en las provincias y en la CABA no tengan esta colisión de funciones que desde mi punto de vista es dañosa.

Además uno de los mayores problemas no es la adhesión de un partido provincial a una lógica nacional sino lo que ocurre a nivel provincial con independencia de lo que ocurre a nivel nacional. El calendario electoral lo determinan los gobernadores y, a consecuencia de ello, muchas provincias realizan sus campañas y elecciones

antes. Como consecuencia, hay muchísimos recursos que se gastan en las provincias sin control alguno. Lo señalado sobre colisión de intereses a nivel de la justicia federal se profundiza a nivel provincial porque allí se agregan serios problemas de dependencia política. En consecuencia si estamos dando muy pocos pasitos a nivel nacional, a nivel provincial estamos muy lejos de poder tener sistemas eficientes que lleven adelante el control político. Esto dificulta la posibilidad de generar un sistema armónico y cerrado de regulación de financiamiento. Si no se hace algo serio a nivel provincial los partidos tienen la posibilidad de triangular los fondos desde las provincias o municipios.

Gerardo Scherlis²

Si de lo que se trata es de plantear un modelo normativo deseable en el marco de nuestro sistema político, optaría por uno con fuerte base en un financiamiento público abundante y equitativo, permitiendo a su vez el financiamiento de individuos con limitaciones en los montos, y apuntando también a una política seria de racionalización y reducción de los gastos que insumen las campañas. Para que esto tenga algún sentido debe ir acompañado por la presencia de organismos de control con la voluntad y la capacidad de hacer cumplir las normas, lo cual requiere independencia política, autonomía financiera y solvencia técnica.

Yo agregaría que sería deseable también que los partidos se financiaran en alguna medida mediante cuotas o aportes de sus propios miembros, tal como aún ocurre en varios países europeos, donde las cuotas de los afiliados siguen siendo una fuente importante para las actividades del partido (por ejemplo Alemania y Holanda). Aunque debo admitir que la implementación exitosa de una política en este sentido resulta inimaginable hoy en nuestro país.

Financiamiento para una competencia equitativa

En términos generales, la legislación sobre financiamiento debería tender a hacer de la competencia electoral un terreno equitativo entre todos los participantes, evitando que las posibilidades de los diferentes partidos estén signadas por la desigualdad en el acceso a recursos materiales. El principio rector en la materia debería ser entonces que todas las propuestas tengan iguales posibilidades de ser difundidas y debatidas por la ciudadanía.

Está claro que éstos son principios muy generales, que suelen repetirse desde hace tiempo. En el contexto actual, yo destacaría más específicamente dos puntos centrales. Uno tiene que ver con la búsqueda de un acceso igualitario a los medios audiovisuales, donde se concentra el grueso de los gastos de campaña; el otro es el de atacar la utilización de las estructuras estatales con fines partidarios. Por ello quisiera detenerme algo más en estas dos cuestiones para observar lo que ocurre en torno a ellas en nuestro país.

Con respecto al acceso a los medios audiovisuales, puede decirse que la normativa incorporada recientemente a través de la ley 26571 en el sentido de garantizar un acceso equitativo (aunque no igualitario) a espacios en medios audiovisuales, prohibiendo la compra de dichos espacios, podría verse como una medida que avanza en un sentido

2. Abogado y licenciado en ciencia política (Universidad de Buenos Aires) y doctor en ciencia política (Univ. de Leiden, Holanda). Actualmente es investigador del CONICET y profesor adjunto de teoría del Estado en la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires.

positivo, que sigue la legislación comparada más avanzada en este campo; y de hecho ha sido un reclamo históricamente considerado progresista. Sin embargo, es evidente que esa norma se torna inútil y hasta perversa cuando ocurren paralelamente otras dos cuestiones. Por un lado, la masiva y evidente compra “por debajo de la mesa” de espacios que supuestamente apuntan a la información. Por tomar sólo un ejemplo, es habitual recordar que el canal Crónica TV transmitía en vivo y en directo todos los actos de campaña de Néstor Kirchner cuando era candidato a la presidencia como si se tratara de brindar información, cuando eran en realidad espacios comprados. Quizá ejemplos como ese estén entre los más grotescos, pero la práctica de pagar por cobertura es sumamente habitual. Es de esperar ahora que, dado que los candidatos y partidos no deberán gastar dinero en comprar espacios para propaganda en medios audiovisuales, la masa de recursos para pagar a medios y periodistas “amigables” se incrementa.

Y por otro lado, una norma como ésta, que pretende poner a todos los actores en igualdad de condiciones, se vuelve perversa cuando los partidos gobernantes pueden valerse de toda la estructura de medios públicos para montar un aparato de propaganda a favor de los candidatos oficialistas. Porque entonces la idea es la siguiente: yo hago propaganda todo el día en los medios públicos, pero vos no podés comprar espacios en medios privados.

Finalmente, es necesario que la distribución de espacios esté sujeta a criterios de ecuanimidad fijados por ley. Si empezamos por darle la facultad de distribución al ministerio del interior, con los antecedentes y características que éste tiene en nuestro país, es esperable que impere la desconfianza.

Los principios señalados al comienzo, de financiamiento público, topes de gastos, limitaciones severas a las donaciones privadas (restringidas únicamente a personas físicas), equidad en el acceso a los medios, han sido incorporados por la legislación de Europa Occidental desde hace al menos 25 años, destacándose países como Holanda, Suecia, Alemania y Francia. El éxito siempre ha sido relativo, en el sentido de que cada reforma ha generado los mecanismos para su evasión, llevando a continuas reformas sobre las reformas. Como señala el experto en estos temas Michael Pinto-Duschinsky, los flujos de dinero en el sistema político pueden ser comparados al agua que baja desde la montaña sobre los ríos. Si una vertiente o un arroyo es bloqueado, el flujo buscará otro canal para transitar.

Esto mismo comienza a observarse en América Latina en la medida en que los países comienzan a incorporar estos principios. Seguramente el caso más interesante de la región para observar el derrotero de este tipo de legislación es México. Como sabemos, pasar de elecciones fraudulentas a elecciones libres y limpias fue en México la clave del proceso de democratización. Pues bien, allí se comenzó por establecer un órgano autónomo de administración y control del proceso electoral (incluido el financiamiento de campañas); luego se dotó de un importante financiamiento público a los partidos; más tarde se estableció la prohibición a la compra de espacios audiovisuales por parte de los partidos. Frente a esto, los candidatos igualmente compraron abiertamente espacios a través de terceras personas (el famoso caso de los amigos de Fox), tras lo cual se legisló específicamente sobre el punto, prohibiendo esa opción. Pero ocurrió entonces lo que aquí mencionamos, el tratamiento evidente

y sospechosamente sesgado de los candidatos por parte de medios y periodistas. Frente a ello, lo que el Instituto Federal Electoral hace es auditar y dar a conocer cómo han sido tratados los diferentes candidatos en los diferentes medios. Desde ya, ésto no resuelve el problema, pero intenta poner en evidencia qué tipo de cobertura realiza cada medio.

Estructuras estatales como fuentes de financiamiento

El otro punto que quisiera destacar es que una cuestión central en Argentina a la hora de hablar del financiamiento de la política consiste en la utilización que los partidos de gobierno hacen de las estructuras estatales como recursos partidarios. En este punto hay una especie de acuerdo tácito entre los partidos que alcanzan diferentes posiciones de gobierno en cuanto a admitir la utilización de los recursos de las oficinas y agencias que cada cual logra controlar con fines partidistas o, en realidad, de facción. De hecho, la mayoría de las estructuras partidarias se constituyen y solventan su funcionamiento diario sobre la base de los recursos extraídos de los presupuestos públicos en forma irregular. En esta línea, una verdadera reforma sobre el financiamiento de la política tiene menos que ver con una ley de financiamiento y más con una radical reforma político-administrativa. Las chances de que una reforma de este tipo tenga lugar son extremadamente bajas, ya que es del interés de corto y mediano plazo de todos los partidos relevantes mantener en este punto el status quo. Los partidos son por lo general hoy en día estructuras para-estatales, inconcebibles si no es en términos del uso del aparato estatal para su subsistencia y reproducción. Mientras ésto ocurra, las leyes sobre financiamiento, por más exitosas que resulten, estarán abordando una parte muy parcial del problema.

Por supuesto existe un grave problema en relación con el financiamiento de la política. Los partidos que sustentan su funcionamiento sobre la base del uso del empleo y los recursos públicos son la otra cara de la moneda de un Estado fofo, ineficiente, y extremadamente permeable a los intereses corporativos de diversa especie, no sólo los partidarios.

Con respecto al tema más específico de los gastos de campaña, es notable que los montos destinados a este fin se han multiplicado en los últimos años y, aunque la relación dinero-éxito electoral no es lineal (hay muchísimos casos en los que no gana el que más gasta), es evidente que sin grandes cantidades de dinero, muy superiores a los que otorga el Estado en forma abierta a las diferentes fuerzas, no es posible afrontar una campaña en condiciones competitivas.

Este aumento de los gastos resulta por lo general de fuentes que poco tienen que ver con una mayor participación de la sociedad en las campañas, sino que surge del uso ilícito de recursos estatales y de aportes, en general también irregulares, no declarados, de grupos económicos. Hay asimismo una creciente influencia de operaciones de lavado de dinero en estos aportes. Naturalmente, estos aportes se concentran en uno o a lo sumo dos opciones electorales. Así, el aumento del gasto va de la mano de una brecha cada vez mayor en la distribución de los recursos.

Las posibilidades de hacerse oír, de presentar al electorado las propuestas, de que el electorado las conozca, discuta, y elija en consecuencia, son en teoría iguales para todos: todos tienen igual derecho de asociarse, formar un partido, y presentarse a elecciones; pero en el marco de nuestra sociedad, las posibilidades de hacerse oír están distribuidas de modo extremadamente desigual, y esa desigualdad tiene como centro neurálgico el acceso desigual a los recursos económicos. Esto es evidentemente grave.

Las elites políticas argentinas operan con la certeza de que sólo se pueden ganar elecciones contando con enormes cantidades de recursos económicos, y que éstos son invariablemente provistos por el manejo del aparato estatal y por grupos económicos. Están convencidas, y no sin cierta razón, que quien no cuenta con al menos una de estas dos fuentes tiene posibilidades muy acotadas en la competencia electoral. Para quienes creemos que la democracia requiere cuanto menos que todas las propuestas tengan iguales posibilidades de ser presentadas y una vez presentadas de ser oídas por el público, la situación actual supone un grave problema para la democracia.

Naturalmente, el otro gran punto es que quienes alcanzan cargos de gobierno en estas circunstancias lo hacen fuertemente condicionados por las redes de financiamiento a través de las cuales han alcanzado el cargo. Es notable que esta cuestión, que condiciona toda la acción de gobierno de las autoridades elegidas por el voto popular, no alcance mayor repercusión en la agenda de discusión pública.

Las leyes sobre financiamiento

Las leyes anteriores sobre financiamiento han implicado un pequeño avance en la medida en que antes de estas leyes no había nada, o casi nada. Si uno habla con los apoderados de los partidos todos reconocen que ahora tienen que cumplir con ciertas formalidades, que tienen que ser un poco más prolijos a la hora de explicar cómo han conseguido y cómo han gastado el dinero en las campañas. Cuanto menos existe ahora la obligación de presentar informes, y hay por ahí algún cuerpo de auditores que los lee y dictamina.

Ahora, las leyes no han modificado la estructura del financiamiento en el sistema político argentino. De hecho, los líderes políticos siguen funcionando en este terreno exactamente con la misma lógica que antes, aspirando a las donaciones (directas o a través de comisiones por favores) de los grandes grupos capaces de financiarlos, o a la utilización de los recursos estatales bajo su control. No les preocupa la legislación, porque no se han visto en la necesidad de variar un ápice sus estrategias recaudatorias y de gastos. Uno puede ver hoy mismo, cuando se están lanzando las candidaturas para las elecciones de 2011, que los equipos de campaña tienen como una de las preocupaciones centrales cómo podrán financiar los enormes costos que demandará la campaña, y en general no registran que las leyes les hayan impuesto un cambio en este terreno.

Los cambios introducidos a partir de la última reforma, los de la ley 26571, sí podrían tener algún impacto a partir de la distribución gratuita de espacios audiovisuales, con las enormes limitaciones antes mencionadas.

Por supuesto, una cuestión central aquí refiere a la voluntad y capacidad de los órganos de control. Algunos pequeños partidos han recibido algunas sanciones, como quita de financiamiento público, pero basta con ver el tratamiento que está teniendo el informe de gastos de la campaña del FPV para las elecciones presidenciales de 2007 por parte del juzgado federal con competencia electoral para comprender que no existe la voluntad de hacer que las leyes sean de cumplimiento efectivo. La verdad es que pareciera existir mayor voluntad por ahondar en estos temas en la Cámara Electoral que en la mayoría de los juzgados federales con competencia electoral. Pero aún si existiera la voluntad, haría falta también mayores recursos para desarrollar la infraestructura que haga posible auditar efectivamente los gastos, por ejemplo controlando lo que se gasta en medios de comunicación.

Esta debilidad de los órganos de control lleva a que los partidos no sientan la necesidad de modificar sus prácticas, limitándose, en el mejor de los casos, a “dibujar” algunas cuestiones. Pero la irrelevancia de los órganos de control es tal que algunos de los partidos más exitosos en el plano electoral ni siquiera se han preocupado por hacer esos “dibujos”, incluyendo como donantes a quienes por ley tienen prohibido serlo, como contratistas del Estado.

Por otra parte, existe también un problema con las sanciones existentes. Por un lado, las potenciales sanciones son irrelevantes para los actores más fuertes del sistema. Imaginemos que De Narvéez enfrenta la amenaza de ser sancionado con la pérdida del financiamiento público para la próxima elección si se excede en el tope de gastos en esta campaña. Bueno, la ecuación es sencilla: esa sanción resulta absolutamente irrelevante para un candidato que cuenta con enormes recursos, que en mucho exceden lo que podría recibir del Estado.

Y por otra parte, otro problema de las sanciones es que la quita de financiamiento se aplica sobre el partido, cuando hoy en día, en el sistema político argentino, muchos políticos usan sellos de goma, o partidos de alquiler (un término más utilizado en Brasil). Por poner sólo un ejemplo, en 2009 Reutemann fue candidato a senador en Santa Fe con la estructura jurídica del MID. En caso de recibir una (por otra parte muy improbable) sanción, esta recae sobre el MID, y no sobre Reutemann. Aunque las leyes ahora establecen la personalización de un responsable por los gastos de campaña, los principales líderes políticos quedan por lo general exentos de toda responsabilidad.

La cuestión del federalismo es también interesante, porque las disposiciones legales sobre financiamiento resultan fácilmente sorteables por la existencia de dos niveles de competencia electoral. Por ejemplo, ahora que se han puesto límites a la compra de espacios audiovisuales por parte de los partidos en el plano federal, es notorio que – especial pero no únicamente cuando las elecciones nacionales y provinciales sean simultáneas - los partidos podrán seguir comprando dichos espacios argumentando que quien lo hace es la organización provincial, con objeto de promocionar las candidaturas provinciales.

En breve síntesis, es importante establecer órganos de control independientes con la capacidad y los recursos necesarios para poder sancionar. La competencia electoral de los jueces federales no es una solución satisfactoria, por lo que sería importante crear los juzgados electorales que prevé el propio Código Electoral. Hay que adecuar

la norma a la realidad; hoy los actores de las campañas son los candidatos y no las organizaciones partidarias; es importante por lo tanto que las normas refieran tanto a los partidos como a los candidatos, por ejemplo estableciendo sanciones que recaigan sobre ellos, sobre todo en términos de inhabilitación para presentarse a cargos públicos. Los sistemas provinciales deberían avanzar también en el control de gastos (en forma reciente algunas pocas provincias han sancionado leyes de financiamiento, por lo general muy poco efectivas).

Y, lo más importante, es preciso que los electorados asuman la cuestión del financiamiento como un asunto digno de consideración.

Yo marcaría tres puntos finales:

1. Es importante reforzar los aportes del Estado, no sólo, o no tanto, en aportes directos, sino sobre todo en indirectos: acceso a medios, exenciones impositivas para actividades vinculadas al funcionamiento partidario y a las campañas, facilitación de distribución de propaganda y logística, etc. Estos aportes deben tender a compensar las desigualdades previas y no a reforzarlas; esto implica por ejemplo no darle más al que ya tiene más, sino al revés, o cuanto menos dar iguales oportunidades a todos. De ninguna manera se puede pensar que el financiamiento público es la panacea y destierra la corrupción y la influencia de los actores privados, pero puede contribuir a lograr mayor equidad a partir de proveer de mayores oportunidades a los partidos pequeños.
2. Una vez que se comienza a introducir mecanismos de regulación es vital contar con órganos de control acordes. El modelo mexicano, seguido por muchos países latinoamericanos, de un órgano electoral autónomo, es atractivo, pero no está exento de generar sus propios problemas (como la propia experiencia mexicana muestra). Hoy resulta urgente en todo caso traspasar la organización y administración del proceso electoral del ministerio del interior a la Justicia Electoral, reforzando su infraestructura y creando los juzgados electorales. Es indudable que hoy la Cámara Electoral brinda mayor confianza a los partidos y a la ciudadanía en general que la que otorga el ministerio del interior.
3. En gran medida, la reforma del financiamiento de la política tiene que ver con asuntos que en general no se consideran parte de este campo. Me refiero a la relación entre el aparato estatal y las estructuras partidarias. Desde la utilización de la secretaría de medios como agencia de propaganda del gobierno (quizá lo más visible) hasta el uso de cada oficina pública como un centro para el sostenimiento de las diversas facciones, hoy una parte importantísima del Estado está fusionada o es directamente parte del partido oficial. Algo similar ocurre en los gobiernos provinciales. En este marco, la competencia inter-partidaria resulta un campo inclinado. Emparejarlo requiere una profunda reforma político-administrativa que tienda a poner límites a la colonización y saqueo del Estado.

Pablo Secchi³

No se puede garantizar la existencia de un modelo de financiamiento que sea perfecto. Ni siquiera uno que se acerque a la perfección. Al menos en los países latinoamericanos al financiamiento transparente de los partidos políticos se lo “corre desde atrás” con normativas que intentan controlar un mecanismo complejo y muy relevante para el control de la corrupción. Específicamente existen partidos políticos, gobiernos, y actores judiciales que muchas veces buscan subterfugios para evitar cumplir con la ley. Es por esto que las normativas de financiamiento político son modificadas con frecuencia.⁴

Cualquier sistema de financiamiento político debe buscar garantizar por un lado, equidad en la competencia electoral, y por otro, la transparencia y rendición de cuentas. Sin embargo esto se puede hacer de varias formas. Existen sistemas en los cuales el Estado tiene el monopolio del financiamiento partidario. Pero también existen sistemas en los cuales el Estado no financia a los partidos dejando esta función a los actores privados (ciudadano, empresas, etc).

Argentina se caracteriza por ser un sistema que se nutre de aportes del Estado y privados (imponiendo ciertos límites). En la última campaña presidencial de 2007 la incidencia de los aportes públicos sobre el monto total invertido del partido ganador es realmente poco significativa⁵.

Tanto el sistema mixto como el sistema exclusivamente público son opciones válidas a mi gusto. El sistema mixto busca darle participación al ciudadano y al sector privado a través del apoyo a sus preferencias, lo que a simple vista parece lógico para un sistema democrático. Por otro lado el sistema puramente estatal, si se aplica con rigurosidad es a mi entender el que permite una mayor equidad en la competencia electoral. Este último sistema merece especial atención en la utilización de recursos públicos durante los años de campaña. Al verse los partidos políticos privados de acceder a más fondos que los otorgados por el Estado, este último necesita restringir sus acciones para no favorecerse en detrimento de los demás partidos.

Efectivamente considero que existen problemas con el financiamiento político en Argentina. Si bien se avanzó fuertemente desde el año 2002 hasta la actualidad⁶, el sistema

3. Politólogo, especializado en temas electorales y de transparencia institucional.

4. En Argentina desde 2002 se produjeron tres reformas en el sistema de financiamiento político:

- Ley 25.600 en 2002.

- Ley 26.215 en 2007

- Reformas a la ley 26.215 incluidas en la llamada “Ley de democratización de la representación política y la transparencia y la equidad electoral”.

5. El Frente para la Victoria declaró haber gastado invertido poco más de 17 millones de pesos, de los cuales sólo 2 millones de pesos fueron en concepto de aporte público, de acuerdo a los informes de campaña entregados a la Justicia Electoral.

6. Hasta ese año los partidos sólo informaban cuánto recibían y cuanto gastaban o invertían en las campañas.

de financiamiento político (especialmente de las campañas electorales) aún se observa débil. Muchas de estas debilidades ponen en riesgo la competencia electoral. Al mismo tiempo la ausencia de acciones oportunas de la justicia hace tambalear el andamiaje institucional del control del financiamiento de los partidos políticos.

En relación a la normativa existente, veo como un punto débil la ausencia de sanciones a los candidatos. La normativa vigente incluye sanciones económicas para los partidos, como no recibir futuros aportes del Estado, y sanciones para las autoridades partidarias. Si un partido financió ilegalmente su campaña, por ejemplo utilizando mayores recursos a los permitidos para llegar a los ciudadanos, solamente es castigado económicamente. Nada se incluye sobre castigar a los candidatos o incluso que se pierda la representación obtenida.

Por otro lado, los avances realizados por la Cámara Nacional Electoral en materia de control del financiamiento partidario, no encuentran relación con la lentitud, o casi inexistencia de sanciones a los partidos políticos por parte de la Justicia Federal con Competencia Electoral. Al momento de escribir estas líneas, a un mes de las elecciones primarias presidenciales, no se conoce el resultado del análisis de los informes de campaña del partido ganador de la elección presidencial anterior. Sin embargo como se mencionó anteriormente los avances desde el año 2002 hasta la actualidad son muy relevantes.

Otro de los grandes problemas que tiene nuestro sistema es la ausencia de voluntad política para generar mayor equidad en la competencia. Un claro ejemplo de esto es la llamada reforma política de 2009 que “olvidó” regular la distribución de pauta publicitaria durante los procesos electorales. La reforma prohíbe la compra de publicidad en radio y televisión por parte de los partidos políticos, dejando en manos del gobierno la compra y distribución de esos espacios. En principio no habría mayor inconveniente a no ser por la práctica constante y en ascenso de realizar publicidad estatal con claros motivos electorales. Entonces nos encontramos con partidos políticos con espacios restringidos, pero partidos y candidatos oficiales con acceso desmedido a la propaganda política. Respecto al carácter federal y la simultaneidad de las elecciones nacionales y provinciales, el vacío legal en materia de financiamiento político genera dificultades para el control por parte de la justicia. Muchas veces no se sabe si determinada inversión publicitaria o acto partidario fue financiado por el partido nacional o el provincial. Esto crea dificultades para la justicia a la hora de controlar los gastos de los partidos. En ese sentido es muy importante que las provincias avancen en materia de financiamiento partidario.

Hay dos posibles caminos a tomar respecto a los órganos de control. Antes de describir las posibilidades me parece importante resaltar la necesidad de quitar de la órbita del Ministerio del Interior toda función que tenga que ver con la organización de las elecciones. Específicamente la Dirección Nacional Electoral no debería depender del Poder Ejecutivo.

El primer camino posible a tomar es la creación de un órgano independiente al estilo Instituto Federal Electoral de México⁷. Es básicamente un organismo autónomo que

7. www.ife.org.mx

cumpla con la función de organizar todo el proceso electoral. Y entre sus especificaciones respecto al financiamiento partidario, debería establecer procedimientos, distribuir espacios de publicidad, repartir los fondos públicos, entre otros.

La otra posibilidad es la puesta en funcionamiento de juzgados electorales específicos que tengan a su cargo la organización de los procesos electorales y específicamente el control del financiamiento de los partidos y campañas al mismo tiempo que la facultad para sancionar a quienes no cumplan con las normativas vigentes.

Lo que se busca con ambos caminos es eliminar cualquier tipo de injerencia política en los procesos electorales

Los requisitos exigidos en materia de financiamiento político no son exigentes. Ese argumento es una excusa de los partidos que no quieren cumplir con la normativa. Hay topes para gastos, topes para recibir aportes, y principalmente la exigencia del registro de todos los movimientos. No parece algo que un contador no pueda administrar fácilmente. Incluso la Cámara Nacional Electoral facilita mucho el trabajo de los partidos al proveerles un software de fácil manejo para la rendición de cuentas. Indudablemente se requiere de un cambio de conducta muy fuerte. Pasar de cómo se financian los partidos y campañas en la actualidad a un sistema mucho más transparente. Para esto se necesitan nuevas prácticas y procedimientos. El tema es si los partidos están dispuestos a hacerlo, y mucho más importante que eso si “todos” los partidos están dispuestos a hacerlo. Si uno no lo hace corre con mucha ventaja sobre los demás.

Hernán Charosky⁸

Más que elegir un sistema de financiamiento en particular, es necesario que establezcamos algunos principios para que sociedad civil y política compartan y defiendan, cualquiera sea el modo que luego las regulaciones los implementen.

Transparencia: queremos saber quién te banca.

Es necesario que los aportes de campaña y los gastos estén claramente identificados, que se pueda acceder a ellos con facilidad y se publiquen en formatos abiertos que permitan no sólo el acceso al dato, sino su compilación y visualización.

En cuanto a la claridad de la identificación, no sólo se trata de contar con los datos mínimos para identificar a los donantes y los gastos realizados, sino que esto se pueda hacer en cualquier momento, no sólo en los períodos legalmente establecidos como “de campaña”, de lo contrario, por ese hueco temporal se filtran movimientos financieros no registrados.

En cuanto a la accesibilidad de los datos, se debe contar con la posibilidad de realizar planillas en un formato abierto, que permita a los usuarios tomar los datos y darles la utilidad que crean conveniente, tales como gráficos o cruces con otras bases de datos. Esto es importante para generar conocimiento basado en los datos, por ejemplo, cruces entre información de donantes y datos sobre proveedores del Estado, o entre proveedores de publicidad de campaña y de publicidad oficial. Una clara regulación de la publicidad oficial a nivel nacional y también de las provincias es imprescindible para reducir las inequidades en este campo. Se requiere de regulación de contenidos publicitarios y topes de gastos en períodos electorales, planificaciones anuales, argumentos razonables para las decisiones de gasto, y, sobre todo, acceso a la información en formato abierto.

Equidad: las asimetrías de la publicidad oficial en año electoral

Cualquier esquema que se impulse tiene que equilibrar las herramientas de acceso a recursos de los competidores. En este momento, la mayor asimetría ocurre en relación al uso de publicidad oficial por parte de candidatos y partidos que gobiernan frente a los limitados recursos de los competidores de oposición. La prohibición de la compra de espacios audiovisuales completa este cuadro. La asimetría ocurre en todos los niveles de gobierno, pero es especialmente preocupante a nivel nacional, con un gasto superior a los mil millones de pesos y el manejo de recursos estratégicos de comunicación como el programa Fútbol para Todos.

El cuadro resulta aún más grave cuando la discrecionalidad en el manejo de estos fondos permite la creación y manutención de medios de comunicación acomodados a las necesidades editoriales de los gobiernos. Tanto en períodos electorales como fuera de ellos, esto produce una distorsión en la comunicación y en el debate público.

8. Director Ejecutivo de Poder Ciudadano. Agradezco la colaboración de Facundo Galván y María Belén Cañas.

El control ciudadano de este gasto es un balance importante para inhibir conductas abusivas que producen inequidad. Por ese motivo, desde Poder Ciudadano hemos puesto en marcha la campaña #quientebanca (quientebanca.org), a fin de abrir canales de acceso a información y monitoreo social de las campañas. Allí se encuentra información a través de bases de datos de financiamiento de campaña (que existe desde 2009 alojada en la dirección dineroypolitica.org), de publicidad oficial y de documentación de campañas publicitarias. El uso de la información allí disponible por parte de periodistas, académicos y activistas, y la participación en la iniciativa son pasos para la movilización ciudadana.

Primacía de la ley: ¿alguien vio algún sancionado?

Las leyes electorales y de partidos prevén sanciones específicas para las violaciones a las normas de financiamiento. Falta o manipulación en la entrega de información y documentación, uso de testaferreros, desvíos de fondos relacionados con programas públicos son fenómenos que se han registrado en diversos escándalos (el más famoso, el de la “mafia” de los medicamentos), sin que hayan tenido un correlato de sanción. Más allá del engorro y la politización de las investigaciones penales por corrupción, los jueces electorales muchas veces tienen la oportunidad de aplicar sanciones y no lo hacen. El efecto de esta inacción es que para los actores políticos el riesgo de la violación de deberes es nulo.

Por este motivo, es crucial que las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos estemos pendientes tanto de la acción de la justicia en estos temas, como del control de las instancias jerárquicas y del Consejo de la Magistratura respecto del trabajo de los jueces electorales de primera instancia. Es necesario monitorear el trabajo y exigir resultados para que las normas de financiamiento de campaña no sean una mera decoración legal.

Como se afirmaba en el primer punto, es posible afirmar que ciertos rasgos del financiamiento político en el país deben ser mejorados y profundizados para un efectivo cumplimiento del sistema. La ley 26.571, de Reforma Política, ha introducido grandes cambios a la ley de financiamiento de los partidos políticos, ley número 26.215, los cuales veremos implementados por primera vez con las elecciones de este año.

Las dos novedades que introdujo la Reforma Política en el financiamiento partidario son, por un lado, la prohibición de contratación de espacios publicitarios en medios audiovisuales por parte de los partidos políticos en el período en que dura la campaña, y por otro, la prohibición de la realización de donaciones por parte de las personas jurídicas a los partidos en período –también– de campaña electoral. En cuanto al primer punto, la tarea desde la sociedad civil es la de controlar que el reparto de los espacios se realice con equidad desde la órbita del Estado, y que sean atendidos los reclamos de los partidos en el caso en que se observe alguna irregularidad que atente contra la equidad en la contienda. De todas maneras, lo que se señaló anteriormente sobre el uso indiscriminado de la publicidad oficial, por sobre todo en período electoral, afecta visiblemente la equidad y el acceso de los partidos a su visibilidad. Por lo tanto, una política de financiamiento adecuada no puede dejar de complementarse con una ley clara y exigente en cuanto a la regulación de la publicidad oficial. En cuanto al segundo punto, el cual representa ciertamente un avance en la democratización del sistema político, habría que prestar atención a cómo se realizan las donaciones en la realidad (ya que una persona física puede estar aportando desde una

empresa por ejemplo), y efectuar un control adecuado, a partir del conocimiento público de los ingresos y los gastos de todos los partidos de nivel nacional y distrital.

Antes de la sanción de la ley de financiamiento de los partidos políticos, número 25.600, sancionada en 2002- y la nueva ley que la ha reemplazado en 2007 –la número 26.215, tanto la Cámara Nacional Electoral como las distintas voces emergentes de la sociedad civil calificaban como verdaderamente precario y deficitario el sistema previamente vigente. Según el fallo de la Cámara Nacional Electoral 3010/02, el sistema previamente vigente se caracterizaba “por la inexistencia de limitación alguna a las contribuciones privadas o a los costos relacionados con las campañas electorales llevadas a cabo por las agrupaciones políticas reconocidas en el orden distrital o nacional.”. Este hecho ciertamente generaba inequidad en la contienda electoral, ya que ciertos partidos se veían sistemáticamente beneficiados y a veces controlados por personas físicas y jurídicas.

La sanción de la ley 26.215, junto con las modificatorias a las que se vio expuesta luego de la Reforma Política, ley número 26.571, significó un avance en materia de control, equidad entre los partidos, y transparencia al establecer las pautas por las cuales los partidos pueden recibir contribuciones tanto en período electoral como en su período ordinario de funcionamiento. Una medida relevante ha sido la prohibición por parte de personas jurídicas de realizar donaciones en el período de campaña electoral. Este artículo, que va en consonancia con lo dicho anteriormente, debe ser sin embargo analizado en profundidad en cuanto a su implementación, ya que las empresas podrían realizar donaciones a través de personas físicas sin ningún tipo de problema.

Otra limitación que aparece es la de los informes, y las diversas instancias de control. Si bien los partidos políticos están obligados por medio de la ley de financiamiento a entregar un informe previo de campaña y otro posterior, lo cierto es que los controles no son suficientes, ya que el Cuerpo de Auditores Contadores de la Cámara Nacional Electoral (en total siete) no alcanza a auditar de manera expedita los informes de la gran cantidad de partidos existentes a nivel nacional y distrital. Lo mismo sucede con los balances partidarios anuales presentados por los partidos, los cuales se encuentran la mayoría en trámite desde las elecciones de 2007 y 2009, encontrándose la base de datos de aquellos totalmente desactualizada. En este punto se puede afirmar entonces que hace falta un fortalecimiento del sistema de control y de sanciones, para que en la práctica los partidos realicen sus informes y reciban una devolución en tiempos coherentes, junto con la aprobación o la sanción que aquellos puedan derivar.

Actualmente, no son realizables las previsiones de la ley con los órganos de control vigentes. Los requisitos establecidos para los partidos son razonables, sin embargo, el régimen de control tanto de los balances partidarios anuales como de los informes de campaña es deficiente. Además, el régimen de multas por el incumplimiento de las exigencias existentes no llega a obligar con suficiente fuerza a los partidos a llevar un régimen de cuentas transparente. El artículo 67 de la Ley de Financiamiento de Partidos Políticos expresa que el incumplimiento en tiempo y forma de la presentación del ejercicio contable anual, los estados contables anuales y los informes finales de campaña “facultará al juez a aplicar una multa por presentación extemporánea equivalente al **cero coma dos por ciento (0,2%)**, por cada día de demora del total de fondos públicos que le correspondieren a la agrupación política en la próxima distribución del fondo partidario permanente”.

